UNIVERSITÉ DE NANCY — FACULTÉ DE DROIT

LE FÉMINISME ET LE DROIT CIVIL FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

CHARLES KRUG

L'acte public sera soutenu le Jeudi 29 Juin 1899 à quatre heures du soir

Président.... M. BOURCART, Professeur ;

Suffragants.. M. LEDERLIN, Professeur-Doyen ;
M. BINET, Professeur.

NANCY
IMPRIMERIE NANCÉIENNE
Rue de la Pépinière, 15

1899

UNIVERSITÉ DE NANCY — FACULTÉ DE DROIT

LE FÉMINISME

ET LE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

CHARLES KRUG

L'acte public sera soutenu le Jeudi 29 Juin 1899
à quatre heures du soir

Président.... M. BOURCART, Professeur ;
Suffragants.. M. LEDERLIN, Professeur-Doyen ;
M. BINET, Professeur.

NANCY
IMPRIMERIE NANCÉIENNE
Rue de la Pépinière, 15

1899

FACULTÉ DE DROIT

Doyen : M. LEDERLIN, ✻, I ✪.
Doyen honoraire : M. JALABERT, ✻, I ✪.
Professeur honoraire : M. LOMBARD, ✻, I ✪.

MM. LEDERLIN, ✻, I ✪, Professeur de Droit romain, Chargé du cours de Pandectes et Chargé du cours d'Histoire du droit (Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières).

LIÉGEOIS, I ✪, Professeur de Droit administratif et Chargé du cours d'Histoire des Doctrines économiques.

BLONDEL, I ✪, Professeur de Code civil et Chargé du cours de Principes du Droit public et de Droit constitutionnel comparé.

BINET, I ✪, Professeur de Code civil et Chargé du cours d'Enregistrement.

GARNIER, I ✪, Professeur d'Économie politique et Chargé du cours de Législation financière.

MAY, I ✪. Professeur de Droit romain et Chargé du Cours de Pandectes et du cours de Droit international public (Doctorat).

GARDEIL, I ✪, Professeur de Droit criminel et Chargé du cours de Législation et Économie industrielles.

BEAUCHET, I✪ , Professeur de Procédure civile et Chargé du cours de Procédure civile (Voies d'exécution) et du cours de Législation et Economie coloniales.

BOURCART, I ✪, Professeur de Droit commercial.

GAVET, I ✪, Professeur d'Histoire du Droit.

CHRÉTIEN, I ✪, Professeur de Droit international public et privé.

CARRÉ DE MALBERG, A ✪, Professeur de Droit constitutionnel et administratif.

GAUCKLER, I ✪, Professeur de Code civil.

MELIN, Docteur en Droit, Chargé de Conférences.

RENARD, Docteur en Droit, Chargé de Conférences.

LACHASSE, I ✪, Docteur en Droit, Secrétaire honoraire

VALEGEAS, A ✪, Docteur en Droit, Secrétaire.

INTRODUCTION

C'est une conversation avec une des femmes les plus remarquablement intelligentes et les meilleures de notre époque, Madame Pauline Kergomard, Inspectrice générale de l'Instruction publique et chevalier de la Légion d'honneur, qui attira notre attention sur la situation faite à la femme française par notre Code civil.

Commencée pourtant dans un esprit très différent de celui qui est actuellement le nôtre, cette étude nous amena à la conviction que le législateur de 1803 n'avait pas toujours su tenir la balance égale entre les sexes et qu'il avait parfois sacrifié, sinon délibérement, au moins en fait, les droits et les intérêts de la femme.

Notre examen nous amena aussi à porter un jugement beaucoup plus favorable sur le rôle joué par certaines sociétés féminines, que nous ne connaissions guère, comme la grande majorité du public, que par les quolibets et les

faciles plaisanteries de quelques esprits superficiels.

Nous avons enfin été frappé par l'effort, timide peut-être encore mais continu, de nos législateurs modernes pour arriver à pallier les inégalités qu'avaient consacrées les rédacteurs du Code civil.

C'est cet éveil législatif, ce sont ces manifestations d'un esprit nouveau, né de la persévérante initiative de quelques femmes intelligentes et tenaces et de la comparaison de notre législation avec celle des autres nations européennes, qu'il nous a paru bon de noter. Au moment où, dans tous les domaines, dans toutes les branches de l'activité humaine, on cherche à se rendre compte du chemin parcouru, nous avons pensé qu'il serait intéressant de jeter un regard en arrière et d'examiner ce qu'était devenu chez nous, dans un espace de vingt ans, la condition civile de la femme.

Malheureusement, les progrès réalisés dans cet ordre d'idées en France ne témoignent pas d'un grand esprit de suite et les lois diverses que nous examinerons, votées à des intervalles plus ou moins éloignés par des législateurs différents, n'ont parfois entre elles d'autre lien que d'avoir été, les unes et les autres, inspirées par un même

désir de rendre la position de la femme législativement meilleure.

Notre étude se ressentira sans doute de ce manque d'homogénéité : nous nous en excusons dès à présent.

D'autres imperfections ne manqueront pas de se glisser dans notre thèse : nous sollicitons pour elles l'indulgence de nos Maîtres. Ils nous donnèrent d'ailleurs, pendant le cours de nos études juridiques et lorsque nous eûmes quitté les bancs de la Faculté, tant de marques d'intérêt et parfois même des preuves de si affectueuses sympathie, que nous osons compter, une fois de plus, sur une bienveillance qui ne nous a jamais fait défaut et dont nous leur sommes sincèrement et profondément reconnaissant.

CHAPITRE PREMIER

LE MOUVEMENT FÉMINISTE

Les questions relatives aux droits des femmes ont pris en France, depuis quelques années, une importance particulière. Sociologues, jurisconsultes, littérateurs, publicistes, physiologistes même, s'occupent à l'envi du problème féminin, et de ces travaux divers une doctrine est née, imprécise encore en plusieurs de ses points et flottante : le féminisme.

Le mot, dit-on, fut, il y a quelque trente ans, créé par Alexandre Dumas fils, avant son éclatante conversion : la chose date de plus loin.

Sans rechercher l'origine des revendications féminines jusque dans l'antiquité et vouloir trouver dans la bouche de la Proxagora d'Aristophane le programme de nos féministes les plus avancées, on peut pourtant prétendre que le mouvement moderne, qui se manifeste dans tous les pays civilisés en faveur de la femme, n'a rien de nouveau et qu'on en trouve des traces à toutes les époques de l'histoire. « L'expérience nous apprend, a dit Stuart Mill, que chaque pas dans la loi du progrès a été invariablement accom-

pagné d'une élévation d'un degré dans la condition des femmes ».

Aussi, pour notre part, ne voyons-nous et ne voulons-nous voir dans le « féminisme » que l'affirmation moderne de droits qui, depuis des siècles, se développent et se transforment, qu'une tendance particulière vers plus de justice et d'équité.

Ainsi envisagée, ainsi rattachée à la grande loi de l'évolution, il semble que cette doctrine doive obtenir l'adhésion de tous ceux qui croient à la perfectibilité constante et toujours nécessaire de la Loi, de tous ceux, en un mot, qui n'admettent pas que, législativement, tout est pour le mieux dans le meilleur des mondes possibles.

Et pourtant, pendant longtemps, une foule d'excellents esprits se refusèrent formellement à admettre le féminisme et le combattirent lorsqu'il se fut manifesté de telle sorte qu'on ne put plus nier son existence. C'est qu'aussi les bruyantes manifestations de quelques-uns de ses adeptes, les réclamations outrées de quelques autres, les exagérations de beaucoup avaient donné à cette tendance une apparence inquiétante et avaient amené chez les gens raisonnables une hésitation et même une résistance parfaitement compréhensibles.

Mais cette ère semble définitivement close : nous traversons depuis plusieurs années une période d'accalmie. Les revendications outrancières du début font place à des demandes raisonnables et sensées : les discussions par là même deviennent courtoises, les arguments de part et d'autre remplacent les imprécations et les haussements dédaigneux d'épaules. On

discute déjà ; peut-être n'est-on pas loin de s'entendre. Est-ce à dire que, sur tous les points, l'accord semble devoir prochainement se faire d'une façon complète ? Nous ne le croyons pas.

Le féminisme, en effet, soulève des questions infiniment complexes : c'est tantôt une méthode d'éducation lorsqu'il traite de l'instruction intégrale de la femme, tantôt une question économique et sociale lorsqu'il réclame « à travail égal, salaire égal » ou qu'il demande pour les femmes le libre accès de professions qui leur étaient interdites jusqu'ici, tantôt même un problème politique lorsqu'il pose la question de l'électorat et de l'éligibilité des femmes aux fonctions publiques.

La grande faute des féministes, qu'ils ont d'ailleurs reconnue depuis, ç'a été justement de ne pas, au début, établir de distinctions entre ces divers domaines, pourtant si nettement séparés, de ne pas avoir su faire un départ entre les réformes utiles, acceptables, mûres, et certaines revendications auxquelles nos mœurs actuelles ne nous avaient en aucune façon préparés.

En ce faisant ils ont retardé la solution de problèmes qui, plus heureusement présentés dans d'autres pays, y ont été rapidement résolus au gré de tous.

La question de l'extension des droits civils des femmes semble avoir surtout souffert de cette inhabileté de certains féministes : et pourtant c'est celle qui eût dû logiquement rencontrer le moins d'objections ; c'est celle aussi qui, chez nous, eût pu réunir l'adhésion de nombre de bons esprits.

Si, en effet, s'attachant particulièrement à notre

Code civil, on examine la situation qu'il avait faite à la femme, on ne peut manquer d'être frappé par la justesse de quelques-unes des objections présentées par les féministes et l'on est obligé d'avouer que le législateur de 1803 avait consacré entre les personnes, suivant qu'elles appartenaient au sexe masculin ou au sexe féminin, des inégalités qui cadrent mal avec nos tendances modernes.

Que la femme fût célibataire ou mariée, qu'elle fût seule en cause ou qu'elle se trouvât en présence de l'homme, ses droits étaient souvent diminués, parfois méconnus.

Le législateur de 1803 n'avait d'ailleurs fait en cela que suivre les errements de nos anciennes législations. Il s'était, en effet, trouvé en présence de deux doctrines établies en France, la première admise par les pays de droit écrit, la seconde par les pays de coutumes. Fidèles aux traditions romaines, les premiers considéraient la femme comme une personne faible, d'intelligence médiocre, ne s'entendant nullement aux affaires : l'*infirmitas*, l'*imbecillitas sexus* avaient fait ici considérer la femme comme généralement incapable, qu'elle fût célibataire, épouse ou veuve. Les pays coutumiers, au contraire, ne frappaient d'incapacité que la femme mariée et uniquement à cause du mariage ; ils justifiaient la subordination de la femme vis-à-vis du mari par la nécessité d'assurer l'unité de direction dans l'association conjugale ; ils considéraient l'incapacité comme une conséquence de l'état de dépendance dans lequel le mariage place la femme, en d'autres termes comme « une forme nécessaire du respect dû par la femme à la puissance maritale ».

Entre ces deux façons d'envisager la question, le législateur de 1803 ne sut pas choisir avec suffisamment de netteté ; telles des incapacités qu'il édicta contre la femme sont visiblement inspirées par la tradition romaine, d'autres par la tradition coutumière, et son système, c'est le premier reproche qu'on peut lui faire, manque par là d'homogénéité.

Mais que valent en eux-mêmes les deux principes alternativement appliqués par notre Code civil ? c'est ce qu'il nous faut maintenant examiner.

Le premier semble à l'heure actuelle abandonné par tout le monde : l'infériorité intellectuelle de la femme ne pourrait plus sérieusement servir d'argument : l'histoire, l'expérience personnelle de chacun, en ont fait depuis longtemps bon marché. Aussi tous les pays qui avaient maintenu dans leurs lois la tutelle perpétuelle des femmes l'ont-ils fait successivement disparaître. La Suède, la Norvège et la Suisse ont été les dernières nations européennes à conserver ce système archaïque. Aujourd'hui donc l'intelligence de la femme et son aptitude aux affaires ne sont plus nulle part mises en doute et l'on peut légitimement demander qu'on lui rende les droits qui lui ont été uniquement refusés à cause de cette prétendue incapacité du sexe.

Quant au principe de la nécessité de la subordination absolue de la femme au mari, s'il est davantage fondé en raison et semble plus logique, il a, dans les diverses législations européennes, subi de telles attaques que sa contingence n'est plus aujourd'hui douteuse. « Il y a, dans la suprématie du mari, disait fort justement M. Paul Gide, deux éléments bien

distincts : l'élément moral et l'élément juridique. Que la femme doive être soumise à l'homme qui est tenu de la protéger, c'est là un principe de morale consacré par le consentement de tous les peuples, un de ces axiomes primordiaux qui sont au-dessus de toute attaque ; mais que la femme ne puisse faire un acte juridique sans l'autorisation formelle du mari, ce n'est plus là qu'un règlement de droit positif, qui, loin d'être universellement admis, n'a jamais pu trouver place dans cette loi si sage et si complète qu'on l'a appelée la raison écrite (1). » La tendance actuelle des législations qui se rapprochent le plus de la nôtre c'est de proclamer la femme mariée pleinement capable, quitte à la frapper d'incapacité sous certains régimes : en un mot, dans ces pays, l'incapacité ne résulte plus du mariage mais du régime matrimonial adopté. C'est là un système logique, satisfaisant pleinement la raison, et de plus pratique : beaucoup d'excellents esprits pensent qu'on n'en saurait dire autant du système de notre Code civil.

Mais quittant le domaine spéculatif pour entrer dans celui des faits, examinons maintenant rapidement les diverses incapacités qui furent édictées contre les femmes par le législateur de 1803.

Et tout d'abord, il nous faut, au début de cette étude, soigneusement distinguer la femme célibataire ou veuve de la femme mariée.

Les deux premières ont à peu près les mêmes droits que l'homme. Deux exceptions pourtant montrent la défiance que notre législateur conservait à l'égard du

---

(1) P. Gide, *Etude sur la Condition privée de la femme*, p. 528.

sexe féminin : la première a trait au témoignage, la seconde à la tutelle.

Sous le régime du Code civil, une femme ne pouvait être témoin ni dans un acte de l'Etat civil ni dans un acte notarié : son témoignage n'était pas plus admis lorsqu'il s'agissait de certifier un mariage, une naissance ou un décès, que lorsqu'il fallait assister à la réception d'un testament. Même dans les cas les plus urgents, les officiers de l'Etat civil et les notaires étaient obligés de refuser le concours des femmes comme témoins aux actes qu'ils dressaient.

A l'heure actuelle encore, une femme ne peut être tutrice d'enfants autres que les siens ; de plus, à moins d'être ascendante d'un mineur, elle ne pourra pas faire partie d'un conseil de famille. Si elle est tutrice de ses propres enfants, elle n'exerce pas tous les droits que la loi reconnaît à un tuteur ordinaire : la nomination d'un conseil de tutelle peut même rendre presque illusoire son rôle de tutrice.

S'agit-il des droits respectifs des époux ? l'inégalité était plus frappante encore et reste très réelle.

Alors que l'adultère de la femme mariée, en quelque lieu qu'il eût été commis, donnait au mari le droit de réclamer le divorce ou la séparation de corps, l'épouse ne pouvait les demander qu'autant qu'elle prouvait que le mari avait tenu sa concubine dans la maison commune. Et cette différence était encore soulignée par notre Code pénal qui punissait l'adultère de la femme de la peine de l'emprisonnement, alors qu'il prononçait une simple amende contre le mari convaincu d'avoir entretenu sa concubine dans le domicile conjugal.

Cette inégalité de traitement lorsqu'il s'agit de la personne même des deux époux, nous la retrouvons dans leurs rapports avec leurs enfants. Le père, en effet, exerce seul de son vivant la puissance paternelle ; il a le droit d'élever les enfants issus du mariage comme il l'entend ; seul, il peut disposer de leur personne ; seul, sans le concours de la mère, il a la faculté, usant du droit de correction, de les faire emprisonner. Et ces droits il pouvait les exercer sans que la mère pût intervenir légalement, fût-il indigne, donnât-il à ses enfants les plus mauvais conseils et les plus déplorables exemples.

Le père est-il mort ou dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle ? la mère le remplace, mais passant entre ses mains les droits qu'avait son mari s'affaiblissent ; les mêmes privilèges ne lui appartiennent plus tout entiers sur la personne et sur les biens de ses enfants.

S'agit-il d'autoriser le mariage d'un mineur de 25 ans ? Le consentement du père suffira ; la mère devra bien être consultée mais son avis quel qu'il soit n'aura aucun effet. Bien plus, en cas de divorce ou de séparation de corps, la suprématie de la volonté paternelle subsistait même au cas où le jugement avait été rendu contre le père et lui avait enlevé la garde de ses enfants.

Pleinement capable de s'obliger et de disposer de son patrimoine avant son mariage, la femme, par le fait même de son union, devient incapable. Elle ne peut, quel que soit le régime qu'elle adopte, « donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux sans le concours du mari dans l'acte ou son

consentement par écrit » (art. 217). Alors même qu'une séparation de corps était intervenue entre les époux, la femme devait pour toutes ces opérations demander l'autorisation spéciale de son mari, ou, à son refus, celle de la justice.

Quant aux biens, les droits de la femme varient suivant le régime matrimonial adopté par les époux, mais sous le régime de la communauté légale, qui est de beaucoup le plus répandu, l'épouse n'a en principe sur eux aucun droit de disposition. « Le mari, dit l'article 1421, administre seul les biens de la communauté. Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme. » Et l'article 1428, § 1 et 2 ajoute : « Le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme. Il peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme. »

Ces textes ont fait dire à un éminent jurisconsulte, M. Accolas, que « la communauté est peut-être le pire trompe-l'œil qui existe dans nos lois, cette communauté abusive et mensongère où souvent la femme apporte ce qui constitue le fonds commun, où elle ne peut disposer qu'avec la permission du mari qu'elle a enrichi, et dont elle ne sort que dépouillée et ruinée. »

Cette appréciation, d'une sévérité pourtant bien excessive, a semblé trop bénigne encore à certains féministes qui ont été jusqu'à affirmer sérieusement « que la condition de la femme française était pire que celle de l'esclave antique, d'autant plus que le maître était toujours libre d'affranchir son esclave tandis que le Code interdit formellement au mari

d'abandonner aucune parcelle des droits qu'il lui a donnés sur la personne de sa femme (art. 1388). »

La vérité c'est que si le législateur a confié au mari, chargé de subvenir aux dépenses communes, la direction exclusive de la fortune des époux, s'il lui a permis de disposer en maître des biens de la communauté et d'administrer seul le patrimoine de la femme, il a donné à celle-ci une série de privilèges destinés à la protéger. Lorsque le mari se laisse entraîner à d'évidentes dilapidations, la femme peut demander la séparation de biens; à la dissolution de la communauté, grâce à la théorie des prélèvements et à l'hypothèque légale, elle doit recouvrer ses biens propres; grâce au droit de renoncer à la communauté que lui reconnaît le Code, grâce aussi au bénéfice d'émolument, elle pourra se désintéresser de l'administration du mari si elle a été ruineuse et n'en pas supporter les conséquences.

Le système légal du Code civil ne mérite donc pas les reproches exagérés qui lui sont encore fréquemment adressés : on peut critiquer la conception que le législateur de 1803 s'est faite du rôle respectif des deux époux, mais on ne peut contester qu'il ait pris des dispositions nombreuses pour compenser au profit de l'épouse les pouvoirs très étendus qu'il accordait au mari.

A la vérité, si l'on examine dans la pratique les résultats de ce système, on voit qu'ils sont fort différents de ceux qu'en attendaient ses auteurs.

La séparation de biens intervient presque toujours trop tard, alors que le mari a déjà fortement entamé le patrimoine des deux époux; la faculté que notre

Code laisse à la femme de s'obliger avec et pour son mari la fait se dépouiller des garanties qui devaient défendre ses biens ; l'engagement solidaire des deux époux est toujours réclamé dans la pratique, lorsqu'il s'agit d'une obligation de quelque importance et alors la femme, malgré la renonciation à la communauté, malgré son bénéfice d'émolument, pourra être poursuivie pour l'intégralité de la dette. L'hypothèque légale elle-même devient pour la femme un instrument de ruine : le rang exceptionnel que lui reconnaît le Code civil fait que tous les créanciers du mari en demandent la subrogation. Aucun notaire ne consent à passer une obligation hypothécaire souscrite par le mari sans le concours de la femme, tout au moins pour subroger les créanciers dans ses droits ; et désormais ce ne sera plus en faveur de la femme que s'exercera le droit de préférence : ce sera contre elle.

Mais si les privilèges accordés par le Code à la femme tournent ainsi en fait contre elle, c'est justement parce que dans la réalité la direction des affaires de la communauté n'appartient pas exclusivement au mari. Chaque fois, en effet, qu'un acte important devra être passé, chaque fois qu'un engagement sérieux devra être pris, le concours de la femme sera pratiquement nécessaire : on peut donc affirmer qu'elle prend une part réelle à toutes les décisions graves du mari, que sa collaboration est effective.

Et c'est ainsi que la pratique a accordé à la femme, au prix des privilèges que lui avait consentis le Code, une activité propre que le législateur de 1803 lui avait déniée.

On en peut conclure qu'il serait logique de tenir compte à l'avenir dans notre système matrimonial des éléments nouveaux qu'y a introduits la pratique et, en tout cas, de proclamer en droit la capacité de la femme qui existe en fait.

D'autre part, il faut bien l'avouer, l'intervention pratique de la femme dans les affaires de la communauté ne trouve à s'exercer que si les époux disposent d'une certaine fortune. Dans la classe ouvrière, où les gains journaliers des deux époux constituent seuls les ressources du ménage, les droits du chef de la communauté redeviennent absolus et présentent des dangers trop souvent constatés.

On doit donc reconnaître que la position de la femme soit dans le mariage, soit hors mariage, a pu et pourra encore dans l'avenir être utilement modifiée.

Les revendications féministes ont eu ce premier résultat d'attirer davantage sur cette question l'attention de nos législateurs.

Ce fut Maria Deraismes qui, la première, formula nettement, vers la fin de l'Empire, les desiderata des femmes et leur donna une forme concrète. Esprit supérieur, intelligence d'élite, possédant un réel talent d'orateur et d'écrivain, elle commença à travers la France une série de conférences qui attirèrent l'attention sur les questions féministes. Avec le concours de Léon Richer qui fonda la *Ligue du Droit des femmes* et créa un journal bi-mensuel *le Droit des femmes,* publié régulièrement pendant 23 ans, Maria Deraismes groupa autour de son programme quel-

ques hommes éminents, au premier rang desquels il faut placer Victor Hugo qui, en 1877, écrivait : « Dans nos Codes, il y a une chose à refaire : c'est ce que j'appelle « la loi de la Femme ». L'homme a sa loi ; il se l'est faite à lui-même : la femme n'a pas d'autre loi que la loi de l'homme... Une réforme est nécessaire. Elle se fera au profit de la civilisation, de la société et de la lumière ». Schœlcher, Colfavru, Anatole France s'inscrivaient parmi les membres de la nouvelle Société qui organisa, en 1878, le premier Congrès féministe français.

Mais cette manifestation, qui ne provoqua guère que des discussions littéraires entre Alexandre Dumas fils, Émile de Girardin, Mme Juliette Lambert et Maria Deraismes resta sans grand effet. Elle avait été d'ailleurs précédée d'une scission dans le parti féministe, provoquée par l'exhubérance excessive de Mlle Hubertine Auclert qui, se détachant de la Ligue de Léon Richer et de Maria Deraismes, fonda la *Société du Suffrage des Femmes*. Le but de la société nouvelle était de réclamer pour la femme les droits politiques : si elle recruta peu d'adhérents, elle fit par contre aux revendications féministes le plus grand tort. C'est à elle que s'adressaient en effet les plaisanteries et les quolibets qui atteignirent tous les groupements féminins et faillirent les faire tomber sous le ridicule.

Mais, en 1889, eurent lieu à Paris deux Congrès, dont l'un fut organisé par Maria Deraismes et l'autre, qui se tint sous la présidence de Jules Simon, par Mmes de Morsier et Bogelot. Le premier fut consacré aux revendications, le second aux œuvres

et institutions féminines. Un grand nombre de délégués prirent part à ces Congrès internationaux : il faut citer notamment plusieurs membres de Parlements étrangers, tels que : MM. Bright, William Woodhall, Walter Mac-Laren, James Stansfield et James Stuart, membres du Parlement anglais ; M. Bajer, député danois ; M. Aurélio Saffi, député italien. Leur participation effective à ces Congrès parfaitement organisés, dont l'un avait obtenu le patronage officiel du gouvernement et qui tous deux se déroulèrent le plus raisonnablement du monde, produisit en France le meilleur effet. Ce fut, a-t-on dit avec raison, aux yeux du public, la consécration du féminisme, la reconnaissance de la légitimité de certaines de ses réclamations que jusqu'alors on ne se donnait pas la peine d'envisager sérieusement.

L'exposé de ce qui avait été fait à l'étranger en faveur des femmes, l'exemple donné par des législations que les Français croyaient volontiers fort arriérées, frappèrent les auditeurs de ces Congrès ou ceux qui en suivirent les travaux dans la presse.

Les féministes n'eurent garde de laisser se dissiper cette impression favorable. Des sociétés nouvelles se fondèrent. Ce fut d'abord l'*Union universelle des femmes*, créée par Mme Marya-Chéliga pour rendre permanentes les relations entre les groupements français et étrangers, et que la personnalité de sa fondatrice plaça de suite au premier rang de nos sociétés féminines. Ce fut ensuite la *Solidarité*, fondée par Mmes Maria Martin et Potonié-Pierre, moins calme et plus ambitieuse ; *l'Égalité*, présidée par Mme J. Vincent, une chercheuse qui s'attache

particulièrement à l'étude du rôle de la femme dans le passé; ce fut enfin l'*Avant-Courrière,* la dernière venue et la plus sage de ces associations, fondée par Mme Henri Schmahl et qui, simplement et nettement, s'intitule : « *Association de personnes qui demandent pour la femme le droit de servir de témoins dans les actes publics et privés et pour la femme mariée le droit de toucher elle-même le produit de son travail et d'en disposer librement* ».

Chacune des Sociétés que nous venons d'énumérer (auxquelles s'est joint encore, tout récemment, un *Groupe d'études féministes*, fondé et présidé par Mme Jeanne Deflou) avait et a encore un programme distinct. Leurs tendances diverses ont été finement observées par Mme Marya-Chéliga qui, dans la *Revue encyclopédique*, a écrit ce qui suit : « Le tableau des nuances du féminisme répond assez exactement à celui des partis politiques à la Chambre, sauf que la formation de ces partis s'est accomplie au rebours de ce que nous voyons ordinairement dans le milieu politique. Ainsi, il n'y avait au début du groupement féministe que l'extrême-gauche, des révolutionnaires qui voulaient bouleverser la société; puis sont venues les possibilistes, les modérées; avec Maria Deraismes, nous arrivons à l'opportunisme républicain; le groupe du *Droit des femmes*, présidé par Léon Richer, approcha plutôt du centre. La droite fut longtemps inconnue dans les rangs féministes, et la société anonyme de l'*Avant-Courrière,* bien que très modérée, ne paraissait point destinée à prendre cette place, quand le nom de la duchesse d'Uzès, révélé et mis en tête de cette Association, prouva que le fémi-

nisme français avait fini par avoir un parti correspondant à la *Primerose League* anglaise. »

Sous l'impulsion de ces sociétés diverses, des Congrès nouveaux s'organisèrent ; celui de 1891, où fut traitée à fond la question de la recherche de la paternité comptera, parmi les plus intéressants ; mais celui de 1895, qu'on eut le tort de rendre public, fut marqué par des scènes regrettables qu'on ne saurait d'ailleurs, en bonne justice, imputer uniquement aux féministes. Cette expérience, pourtant, n'aura pas été vaine : elle aura montré que l'opinion publique n'était pas encore mûre pour toutes les réformes rêvées par les partisans de l'égalité des sexes ; elle aura prouvé la nécessité de se borner à des points nets, précis, à des réclamations dont la justice ne peut être discutée. Puissent les féministes, dans l'intérêt de leur cause, s'inspirer de ces idées lors du Congrès international que préparent, pour 1900, les groupes français réunis.

Tout en essayant par des conférences, par des brochures, par des articles de journaux, de gagner l'opinion publique — que les maladresses du début avaient rendue rétive — les féministes ont dirigé naturellement leur principal effort vers nos députés. Et c'est ainsi que, grâce à la persévérante initiative de Mme Potonié-Pierre, la Chambre comptait, lors de la dernière législature, un « Groupe parlementaire des Droits des femmes », composé de 36 députés présidés par M. Beauquier. De là sont parties presque toutes les propositions de loi, destinés à effacer de nos Codes l'inégalité des conditions basée sur la différence des sexes.

Mais plus que la propagande des Sociétés féministes, plus même que l'effort de quelques députés convaincus de la nécessité d'une réforme, l'exemple des pays étrangers a eu et aura encore dans l'avenir, sur notre législation, une influence décisive.

Il suffit, en effet, de jeter un simple coup d'œil sur le droit actuel des nations qui nous entourent, pour se rendre compte que notre Code civil, qui pendant longtemps servit d'exemple et de modèle, est aujourd'hui très en retard au point de vue des droits de la femme.

Alors, en effet, que nous restions stationnaires, nos voisins, eux, votaient des lois nouvelles, libérales et progressives, et, chose remarquable, c'est surtout à étendre la capacité de la femme mariée qu'ils s'attachaient.

L'exemple le plus frappant à cet égard nous est fourni par l'Angleterre.

Le droit anglais comptait autrefois parmi les plus rigoureux pour la femme. Sous le régime du « Common Law » la personnalité de l'épouse s'absorbait entièrement dans celle de son mari ; son incapacité était absolue tant au point de vue de ses droits personnels que de son patrimoine : elle ne pouvait ni contracter avec son mari ni avec des tiers, elle ne pouvait faire un testament ni ester en justice.

Les biens meubles *(personal property)* que la femme possédait avant le mariage ou acquérait ensuite à un titre quelconque, devenaient la propriété du mari. Quant aux immeubles *(real property)* la jouissance et l'administration en étaient seules transférées à l'époux ; celui-ci ne pouvait les aliéner, même avec

le concours de la femme. Enfin toutes les sommes provenant du travail de celle-ci appartenaient au mari qui n'était pas tenu de les employer aux dépenses du ménage.

Les classes riches, grâce à divers expédients et notamment à l'intervention de fidéicommissaires *(trustees)*, avaient réussi à tourner la loi ; mais le vieux droit s'appliquait dans toute sa rigueur aux femmes des classes ouvrières.

Un premier « act » du 9 août 1870 réserva à la femme anglaise la libre disposition des produits de son travail.

L'article 1er de cette disposition législative décide que : « Les gages ou salaires acquis ou gagnés par une femme mariée, dans tout emploi, profession, commerce où elle est engagée ou qu'elle exerce à part de son mari, ainsi que toutes sommes d'argent ou autres biens acquis par elle dans l'exercice de quelque talent littéraire, artistique ou scientifique, et tout placement de pareils gages, salaires, sommes d'argent ou autres biens, seront considérés et traités comme propriété particulière de la femme, affectés à son usage personnel, en dehors de tout contrôle du mari, et les quittances de la femme vaudront seules décharge pour ces gages, salaires, sommes d'argent ou autres biens. »

Les articles 7 et 8 allaient plus loin encore :

« Article 7. — Toute propriété mobilière qui pourrait échoir à une femme mariée, après la promulgation de cet acte, dans une succession *ab intestat*, ainsi que toute somme d'argent n'excédant pas 200 livres (5.000 fr.) qu'elle pourrait acquérir par dona-

tion ou legs, lui appartiendra en propre pour son usage particulier.

« Article 8. — Si une femme, mariée après la promulgation de cet acte, acquiert des biens immeubles dans une succession *ab intestat*, les revenus de ces biens lui appartiendront pour son usage particulier. »

Les articles suivants ont trait au règlement des contestations entre mari et femme, au droit pour la femme d'ester en justice, aux dettes antérieures au mariage et à la participation des deux époux aux dépenses communes d'entretien du ménage et des enfants. Toutes ces dispositions sont empreintes du même esprit libéral (1).

Cet « act » du 9 août 1870 fut suivi d'un autre « act » du 30 juillet 1874, édicté plutôt pour protéger le mari (2).

Enfin parut l'« act » du 18 août 1882, qui acheva l'évolution en établissant d'une façon formelle l'indépendance de la femme.

« Après douze ans d'expérience, écrivait M. Thomas Barclay dans l'*Annuaire de législation étrangère* (3), les bienfaits de la loi de 1870 ont été trop bien reconnus pour ne pas permettre des réformes plus complètes. » A la vérité, le législateur anglais de 1882 est allé jusqu'au bout dans la voie de l'émancipation de la femme mariée. Désormais celle-ci peut

---

(1) Voir : *Annuaire de législation étrangère,* 1872, p. 55 à 58, avec notes de M. Ribot.

(2) Voir : *Annuaire de législation étrangère,* 1875, p. 32.

(3) Année 1883, p. 330.

contracter, ester en justice, disposer de ses biens comme si elle n'était pas mariée et s'il existe encore, dans le droit anglais, des distinctions entre le mari et la femme au point de vue de leurs droits respectifs, elles n'ont plus trait à la capacité de contracter, ni à la liberté de disposer. « *The Married Women's Property Act 1882* » a assuré la capacité entière de la femme mariée en édictant un régime de paraphernalité absolue.

Cet exemple de l'Angleterre, allant en quelques années du système de l'incapacité dans ce qu'il a de plus rigoureux à celui de la pleine capacité, est, on l'a dit fort justement, singulièrement frappant quand on songe à l'esprit conservateur de cette nation.

Si les autres pays n'ont pas procédé à une refonte aussi complète de leur législation matrimoniale, il en est pourtant peu qui n'aient pas, pendant ces dernières années, apporté de modifications importantes à la capacité des femmes.

En Italie (1), lors des travaux préparatoires du Code civil, il fut aussi question de supprimer complètement l'incapacité de la femme mariée : celle-ci eût été capable de contracter des engagements et d'aliéner ses biens sans l'intervention légale du mari comme celui-ci peut le faire pour ses propres biens sans appeler la femme à concourir à ces actes.

Mais, si on ne donna pas suite à cette idée, au moins

---

(1) V. Foschini, *Motivi del Codice civile del Regno d'Italia*, 2e édition, 1883, et Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon*.

admit-on un système très extensif de la capacité de l'épouse. La femme mariée a, en Italie, à l'heure actuelle, une indépendance relative qui, dans certains cas, devient même absolue. Le régime légal est un régime de paraphernalité laissant à la femme la jouissance et l'administration de ses biens ; l'autorisation maritale n'est requise que pour un certain nombre d'actes limitativement déterminés et non pas, comme en droit français, pour tous les actes sans exception ; de plus, l'autorisation du mari n'a pas besoin d'être spéciale : elle peut être soit générale, et, dans ces conditions, la femme est totalement relevée de son incapacité, soit relative à une série d'actes que l'épouse alors peut accomplir librement. Cette autorisation, absolue ou relative, peut d'ailleurs être retirée à volonté par le mari qui reste toujours libre de la révoquer. De plus, le Code italien a considérablement augmenté les divers cas dans lesquels la femme est relevée de l'obligation de justifier de l'autorisation maritale. Lorsqu'elle fait le commerce, lorsque son mari est mineur, interdit, absent ou qu'il a été condamné à une peine d'emprisonnement supérieure à une année, la femme est pleinement capable. Il en est de même lorsqu'est intervenu, entre les deux époux, un jugement de séparation de corps prononcé aux torts du mari, ou lorsque celui-ci a été condamné pour adultère. Dans ces différents cas, la femme peut agir comme si elle n'était pas mariée, l'autorisation judiciaire n'étant jamais exigée pour remplacer l'autorisation maritale : « La femme a commencé d'être capable au moment où le mari a cessé de l'être ; car la seule cause de l'incapacité de la femme, c'était la puissance du mari ».

Le Code portugais (1) a, lui aussi, élargi considérablement le cercle d'action de la femme mariée : il a cherché à lui conférer tous les pouvoirs conciliables avec l'existence même du régime de communauté. Les actes les plus importants ne peuvent être accomplis que par les deux époux conjointement ; le mari ne peut seul ni aliéner ni hypothéquer un immeuble, ni même renoncer à une succession. Il a toutefois l'administration de la communauté et la libre disposition du mobilier ; mais s'il l'aliène à titre gratuit, ce qu'il aura ainsi donné est déduit de sa part dans la communauté lors de sa dissolution.

Le Code civil du canton de Neufchâtel, qui adopte comme régime légal la communauté d'acquêts, est également plus libéral que notre Code civil français. « Chez nous, dit M. Jacottet dans son ouvrage sur le *Code civil Neuchâtelois*, c'est l'intérêt seul de la *communauté* qui rend la femme incapable. S'il n'y a pas de communauté (c'est-à-dire si les époux ont adopté par contrat de mariage le régime de la séparation de biens), la femme n'a pas plus besoin de l'autorisation de son mari que si elle n'était pas mariée ».

En Norvège (2), où le régime légal est celui de la communauté universelle, l'article 11 de la loi du 29 juin 1888, qui règle le régime des biens entre époux est ainsi conçu : « La femme mariée a la même capacité que la femme non mariée et dispose de ses biens sous certaines restrictions indiquées dans la présente

(1) V. *Code civil portugais* (t. VIII de la *Collection des Codes étrangers)*, 1894, et V. Guay. *Le régime de communauté dans le Code portugais.*

(2) *V. Annuaire de lég. étr.*, 1889, p. 762.

loi. » Et cette même loi accorde à la femme la libre disposition des fruits de son travail, ce qu'avaient fait avant elle la loi suédoise du 11 décembre 1874, la loi danoise du 7 mai 1880, ce qu'après elle a fait la loi génevoise du 7 novembre 1894 et surtout le Code civil allemand du 18 août 1896 qui, unifiant les législations si différentes de l'Empire d'Allemagne, doit entrer en vigueur le 1er janvier 1900 (1).

Ce projet ne reconnaît pas l'incapacité de la femme mariée : le seul cas où elle doive obtenir l'autorisation du mari, c'est celui où elle contracte une obligation engageant sa personne qui pourrait être en contradiction avec la participation personnelle qu'elle doit aux affaires du ménage ou à celles du mari.

Quant au régime, choisissant parmi les *cent* systèmes matrimoniaux divers qui existent actuellement dans les différentes parties de l'Allemagne, les auteurs du projet, se conformant d'ailleurs aux indications du 12e congrès des jurisconsultes allemands, ont donné la préférence à celui que la doctrine désigne aujourd'hui sous le nom de *Verwaltungsgemeinschaft*.

Ce régime reconnaît deux sortes de biens : le *Ehegut* ou patrimoine dotal de la femme et le *Vorbehaltsgut* ou biens paraphernaux. Ces derniers, qui sont soustraits à l'administration et à la jouissance du mari, sont, outre les biens déclarés tels par le contrat de mariage, ceux qui lui ont été donnés sous cette condi-

---

(1) V. *Projet de Code civil allemand,* par R. de la Grasserie ; *Bulletin de la Société de lég. comp.,* 1890, p. 685 (article de M. Bufnoir) ; Schrœder. *Das Familiengüterrecht ;* Mitteis *Zeitschrift fur Privat und offentliche Recht,* 1889, etc.

tion et ceux qui sont dans son patrimoine la représentation d'une valeur provenant des biens paraphernaux, les biens acquis par la femme suivant acte entre vifs, sans l'assentiment ou après refus de l'assentiment de son mari, et ceux qu'elle a acquis par son travail en dehors de la collaboration personnelle qu'elle doit à son mari ou par l'exercice d'une profession ou d'une industrie séparée. Vis-à-vis de ce *Vorbehaltsgut*, la femme est absolument dans la même situation au point de vue de la jouissance, de l'administration et de la capacité de disposer que si elle n'était pas mariée.

Le droit de disposition de la femme est loin d'être aussi étendu lorsqu'il s'agit des biens dont le mari a la jouissance. Bien que, comme nous l'avons vu, la femme allemande ne soit frappée d'aucune incapacité résultant du mariage, elle ne peut pourtant disposer de ces biens sans le consentement ou la ratification de son mari. Toutefois, si la femme exerce une profession ou une industrie indépendante avec l'assentiment formel ou tacite de son mari, le consentement de celui-ci n'est plus nécessaire pour faire les actes ou intenter les procès qui s'y rattachent. En outre, l'autorisation maritale n'est pas requise pour accepter ou répudier une succession ou un legs, pour accomplir un acte juridique vis-à-vis du mari, etc.

Enfin, à côté du régime légal, le nouveau Code civil allemand, fidèle au principe de la liberté des conventions matrimoniales, reconnaît l'existence de quatre autres régimes : il va même plus loin que notre Code français puisqu'il admet que ces conventions peuvent intervenir ou être modifiées au cours du ma-

riage. De plus, rappelons que le législateur allemand n'a dans aucun de ces régimes posé la règle de l'incapacité de l'épouse ; et c'est ainsi que, lorsque les époux ont adopté la séparation de biens, la femme est absolument aussi capable que s'il n'existait aucun lien matrimonial (1).

On voit, par la revue rapide que nous venons de passer, qu'en ce qui concerne la capacité de la femme mariée et les droits qu'elle peut avoir sur les biens, des modifications extrêmement importantes ont été introduites dans les législations des nations qui nous

---

(1) Nous signalerons encore l'avant-projet du Code civil belge, préparé par M. Laurent, sur la demande du Ministre de la Justice de Belgique. Cet avant-projet supprime toute inégalité entre les époux : son article 1452 est ainsi conçu : « La communauté est administrée par les deux époux conjointement ». L'article 1454 exige que les actes de disposition relatifs aux biens de communauté soient consentis par les deux époux conjointement. En cas de conflit, M. Laurent propose la procédure suivante : Si la femme refuse de consentir à un acte de disposition, le mari la citera en conciliation devant le juge de paix, et, si celui-ci n'arrive pas à concilier les deux époux, leur contestation sera portée devant le tribunal d'arrondissement, réuni en la chambre du Conseil, et qui tranchera le différend.

Nous aurions pu également citer les diverses modifications apportées à la condition civile des femmes aux États-Unis : mais nul n'ignore qu'en Amérique la question de l'émancipation de la femme a, depuis de longues années déjà, dépassé les limites qu'on lui a assignées dans les différents pays d'Europe et que plusieurs États ont accordé à la femme l'exercice des droits politiques et des fonctions publiques : on en peut facilement conclure qu'au point de vue des droits civils, l'égalité des deux sexes est complète, surtout lorsqu'on sait que le régime légal est presque partout, aux États-Unis, le régime de la séparation de biens.

entourent. A côté de ces réformes générales, que nous avons examinées uniquement pour montrer l'importance qu'on attache aux questions féministes dans nos pays occidentaux, se placent un certain nombre de lois spéciales destinées à faire disparaître les inégalités civiles qui, dans presque toutes les législations, existaient entre l'homme et la femme. Elles trouveront tout naturellement leur place dans les divers chapitres de cette étude, lorsque nous aurons à indiquer, à propos des réformes proposées en France, les modifications déjà accomplies dans le même sens autour de nous.

Dès à présent, nous pouvons constater que le mouvement en faveur de l'extension des droits de la femme est général, et qu'il a introduit, tant dans le droit matrimonial que dans le droit personnel des divers pays européens, des changements d'une portée considérable.

La France, fidèle au début à son Code civil, dont elle avait le droit d'être alors justement fière, fut longtemps rétive à toute modification des droits de la femme. Plus tard, lorsque les faits parlèrent plus haut que les traditions, nos législateurs, on le verra d'une façon constante au cours de cette étude, tout en transformant nos lois, affirmèrent leur respect pour le Code de 1803 et protestèrent de leur attachement à des principes auxquels ils portaient les coups les plus décisifs.

Personne donc ne songea à soumettre à notre Parlement une loi générale réglant d'une façon précise les droits civils de la femme. On procéda par disposi-

tions séparées, en s'attaquant successivement à chacune des inégalités que renfermait notre Code civil. Lorsque la première loi n'a fait qu'une brèche légère, une seconde loi intervient quelques années après, puis parfois une troisième qui complète l'œuvre. C'est ainsi que les droits de la femme sur le produit de son travail furent timidement prévus chez nous par la loi du 9 avril 1881, admis plus délibérément par la loi du 20 juillet 1895, et enfin affirmés par la proposition de MM. Goirand et Louis Jourdan, adoptée par la Chambre des Députés le 27 février 1896. De même la loi du 27 juillet 1884, sur le divorce, en faisant disparaître de notre Code civil toute différence entre l'adultère des deux époux, a préparé la voie à l'unification, sur ce point, de notre législation pénale. La loi du 24 juillet 1889 et celle du 20 juin 1896 relatives à la puissance paternelle furent inspirées aussi par une seule et même idée : enlever au père lorsqu'il est indigne de les exercer les droits absolus que le Code lui avait reconnus sur ses enfants, à l'exclusion complète de la mère. Si la loi du 9 mars 1891, qui règle les droits de succession du conjoint, semble définitive, il n'est pas interdit de prévoir, dans un avenir plus ou moins lointain, son remplacement par une loi plus favorable encore à l'époux survivant, que réclame dès à présent un fort parti dans la doctrine. Enfin tous les commentateurs de la loi du 6 février 1893, qui a rendu à la femme séparée de corps sa pleine capacité civile, envisagent comme une conséquence naturelle l'extension de cette disposition à l'épouse judiciairement et, certains mêmes à l'épouse conventionnellement séparée de biens.

Seule donc la loi du 7 décembre 1897, qui accorde à la femme le droit d'être témoin dans les actes de l'état civil et dans les actes notariés, semble définitive : toutes les autres dispositions que nous venons d'énumérer ont ébranlé les principes du Code civil en matière d'incapacité féminine : il n'en est pas qui les ait définitivement déracinés.

Faut-il nous en plaindre et déplorer une fois de plus l'habitude qu'ont prise nos législateurs de reculer devant les lois d'ensemble? Faut-il regretter que, s'en remettant aux hasards de leurs délibérations et à l'initiative particulière, nos sénateurs et nos députés aient préféré voter successivement, en des lois diverses, les modifications que réclamaient avec le plus d'insistance les partisans de l'émancipation civile des femmes?

Nous ne le croyons pas.

Les réformes progressives nous semblent en effet particulièrement désirables pour leur réelle solidité et leur plus grande résistance. Si nous sommes partisans résolus de la marche en avant, nous nous contentons d'une allure modérée, calme, conduisant au but lentement peut-être, mais sûrement.

Le féminisme, on va le voir, est législativement, en France, dans une bonne voie : cela pour l'instant nous suffit.

CHAPITRE II

DROIT DE LA FEMME A LA FIDÉLITÉ DE SON MARI

I

Le Code civil place la *fidélité* au premier rang des devoirs communs et respectifs des époux : l'article 212 à cet égard est formel et nul ne songerait à s'en étonner.

Le mariage, en effet, union étroite et parfaite de deux âmes et de deux corps, ne saurait logiquement se concevoir s'il n'avait pour base le respect absolu d'un principe que proclament avec une force égale la loi morale et le droit naturel.

Pourtant, après avoir décrété que « *les époux se doivent mutuellement fidélité* », le législateur de 1803 avait porté à ce principe une grave atteinte qui en diminuait singulièrement la portée. Au titre *du Divorce*, sous le chapitre premier, si l'article 229 déclarait que : « *Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme* », l'article 230 ajoutait : « *La femme pourra demander le divorce pour*

cause d'adultère de son mari LORSQU'IL AURA TENU SA CONCUBINE DANS LA MAISON COMMUNE. »

Il y avait donc une différence profonde entre l'adultère du mari et celui de la femme : alors que, dans tous les cas, l'époux pouvait réclamer le divorce en se bornant à prouver que sa femme l'avait trompé, il fallait, pour que l'épouse pût obtenir la rupture du mariage, que l'adultère du mari présentât ce caractère particulièrement aggravant d'être habituel et, de plus, d'avoir été commis au domicile conjugal.

Cette différence de traitement existait non seulement au cas de divorce, mais encore lorsqu'il s'agissait de la séparation de corps, considérée, on le sait, par le législateur, comme son diminutif, et à laquelle devaient s'appliquer la plupart des dispositions contenues dans les articles 229 et suivants.

Aussi, lorsque la loi du 8 mai 1816 supprima le divorce en ne laissant subsister dans notre Code civil que la séparation de corps, la différence entre l'adultère du mari et celui de la femme continua-t-elle à subsister dans notre législation.

L'injustice flagrante de cette disposition amena la jurisprudence à une interprétation qui était en réalité une réforme de la loi.

Elle arriva ainsi à faire triompher le principe de l'égalité morale entre les deux sexes bien avant que le législateur ne l'inscrivît au titre du Divorce.

D'accord avec la justice, d'accord avec la vérité morale, d'accord avec l'opinion publique, elle refit véritablement la loi dans le sens d'une plus grande équité. Chaque fois qu'il était établi que le mari avait

payé le loyer de l'appartement où l'adultère avait été commis, les tribunaux considéraient qu'il y avait là un domicile conjugal puisque l'appartement du mari est de droit l'appartement de la femme. « Peu importe, disaient-ils, que la femme habite la maison où le mari tient sa concubine ; dès que cette maison est occupée par le mari elle devient de droit la maison commune à la femme, car la femme a le droit d'y habiter et le mari a l'obligation de l'y recevoir. » Ils considéraient aussi comme un adultère légal le fait pour la concubine de partager la demeure du mari, quand même celui-ci n'y habitait qu'accidentellement et bien que la femme n'eût jamais mis le pied dans cette habitation.

Mais la jurisprudence allait plus loin encore : lorsqu'il était absolument impossible de voir une maison commune dans le lieu des rendez-vous, elle assimilait l'adultère du mari à une injure grave et prononçait la séparation de corps en vertu de l'article 231.

Toutefois, si la presque unanimité des Cours et Tribunaux, usant du droit prétorien de large interprétation, suivait les errements que nous venons de signaler, il en était qui appliquaient rigoureusement, et en toute injustice, l'article 230.

Une réforme s'imposait donc.

L'occasion de l'introduire dans notre Code se présenta lorsque fut discuté à la Chambre des Députés et au Sénat le rétablissement du Divorce supprimé par la loi de 1816.

La première proposition d'abrogation de cette loi,

déposée par M. Naquet sur le bureau de la Chambre le 21 mai 1878, réclamait déjà la suppression de la dernière phrase de l'article 230 et proposait l'assimilation complète, au point de vue civil, de l'adultère du mari à l'adultère de la femme.

On sait qu'après avoir été prise en considération par la Chambre la proposition de rétablissement du divorce fut rejetée le 7 février 1881 par 247 voix contre 216.

On sait aussi que, reprise au mois de novembre suivant, elle fut votée en juin 1882 par la Chambre des députés et, après une belle résistance, deux ans plus tard par le Sénat.

L'article 230 donna lieu dans l'une et l'autre Chambre à des discussions longues et animées entre partisans du rétablissement pur et simple de la règle édictée par le législateur de 1803 et partisans de l'egalité morale des sexes.

A la Chambre, la modification de l'article 230 fut votée en première délibération sans la moindre discussion (1).

Mais, en seconde délibération, elle trouva en MM. Carette et Gatineau des adversaires décidés. L'intervention de M. Naquet et celle surtout de l'honorable rapporteur de la proposition de loi, M. de Marcère, enlevèrent pourtant le vote de la Chambre, qui, par 218 voix contre 144, repoussa un amende-

(1) *Journal officiel* du 9 mai 1882, *Débats parlementaires*, p. 530.

ment de M. Gatineau, tendant à rétablir l'article 230 tel qu'il figurait au Code civil (1).

Au Sénat, la résistance fut encore plus vive. L'amendement, par lequel M. Griffe proposait le rétablissement du titre VI du Code civil, ayant été adoptés et les différents articles qui le composent ayant été mis en délibération, M. de Pressensé proposa, comme amendement à l'article 280, d'adopter le texte voté par la Chambre, en supprimant le dernier membre de phrase relatif à l'entretien de la concubine dans la maison commune.

Sur la demande du rapporteur, M. E. Labiche, l'amendement de M. de Pressensé fut écarté (2). Mais, en seconde délibération, M. Demôle, reprenant la proposition de M. de Pressensé, changea les dispositions du Sénat, qui, par 87 voix contre 82, proclama l'égalité des deux époux dans l'adultère.

Les articles 229 et 230 furent donc ainsi conçus :

« *Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme* » et « *La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari.* »

La loi du 27 juillet 1884, en supprimant la différence que consacrait le Code civil entre l'adultère des deux époux, n'a pas gagné l'adhésion de tous les auteurs. Un parti important dans la doctrine conteste encore l'utilité de cette modification et prétend qu'en

(1) *Journal officiel* du 16 juin 1882, *Débats parlementaires*, p. 914 et suivantes.

(2) *Journal officiel* du 6 juin 1884, *Débats parlementaires*, p. 1033.

réformant notre loi sur ce point on ne l'a en aucune façon améliorée.

Les partisans de cette manière de voir ont trouvé une formule caractéristique qui, affirment-ils, résume admirablement leur opinion : cette formule la voici : « L'adultère de la femme est un coup d'épée pour le mari, tandis que l'adultère du mari n'est qu'une piqûre d'épingle pour la femme. »

Nous ne voulons pas nous attacher aux termes mêmes d'une phrase qui, pourtant, a semblé si heureuse qu'elle est devenue absolument traditionnelle. Il serait trop facile de faire appel à l'expérience de celles qui virent leur cœur déchiré et leur bonheur à jamais perdu pour avoir été trompées par leur mari. Nous tenons seulement à faire remarquer que la plus élémentaire psychologie nous fait voir la femme exclusive dans ses affections, se donnant tout entière à celui qu'elle aime : qu'elle nous la montre aussi extrêmement sensible à la souffrance, de cœur facilement blessé, et que c'est, par conséquent, bien imparfaitement la connaître que de venir prétendre qu'épouse la trahison de son mari lui sera de petite souffrance. Piqûre d'épingle si l'on veut, mais qu'on admette qu'il est des piqûres mortelles...

Si nous abandonnons la lettre de la formule pour rechercher quel est son esprit, nous trouvons qu'elle se fonde sur un certain nombre d'idées inexactes que nous allons essayer de réfuter.

« Tout d'abord, disent nos adversaires, nos mœurs, à tort ou à raison, sont plus indulgentes pour les faiblesses du mari que pour celles de la femme. »

Si nos mœurs avaient des sourires engageants pour

l'époux qui manque à ses devoirs et manifestaient leur indignation à l'épouse infidèle, nos mœurs auraient tort, c'est tout ce qu'on pourrait conclure d'une si injuste aberration et il semblerait profondément étrange que notre droit reflétât fidèlement une semblable erreur. Mais est-il bien vrai que le monde fasse une si grande différence entre la femme et le mari trompés ? Nous voyons bien que la morale mondaine a des excuses innombrables pour les jeunes gens qui, plus même que de raison, « jettent leur gourne », nous voyons d'autre part qu'elle n'admet aucun écart, si léger soit-il, lorsqu'il s'agit d'une jeune fille ; mais qu'un homme ou une femme mariés soient en jeu, la différence d'appréciation ne nous semble pas si marquée qu'elle puisse se traduire dans le Code par des inégalités semblables à celle que le législateur de 1884 a fait disparaître. — La loi d'ailleurs, qu'on ne s'y trompe pas, ne doit pas être un reflet des mœurs : elle doit, au contraire, tendre à demander de chacun de nous un peu plus de justice et de moralité ; elle ne doit pas être l'expression de notre faiblesse, elle est et elle doit être celle de nos aspirations les meilleures et les plus élevées.

Le second argument des partisans de l'article 230 ancien, et le plus important, consiste à dire que les conséquences de l'adultère de la femme peuvent être infiniment plus graves que celles de l'adultère du mari, puisque l'adultère de la femme peut faire entrer dans la famille des enfants adultérins. Dans l'appréciation des actes humains ce n'est pas seulement la moralité de l'acte qu'il faut considérer, ce sont aussi ses conséquences sociales qu'il faut voir. La société

donc doit se prémunir d'une façon plus énergique contre l'adultère de la femme que contre l'adultère du mari.

Ce raisonnement serait excellent — en admettant l'axiome que posent ceux qui le tiennent — s'il s'agissait des peines édictées contre l'un et l'autre adultère, si, en un mot, nous nous trouvions sur le terrain pénal et non sur le terrain civil. Mais qu'on y fasse attention : il ne s'agit pas ici de répression : nous sommes en présence d'offenses commises par l'un des époux envers l'autre, nous sommes en présence d'une *violation du contrat* librement intervenu entre deux conjoints qui se sont *respectivement* promis fidélité, et si nous admettons une clause résolutoire de ce contrat au profit de l'une des parties, ne devons-nous pas, en stricte équité, l'admettre aussi pour l'autre ?

Nous allons plus loin : nous contestons même que l'adultère de la femme ait des conséquences plus graves que celui du mari. Certes, si nous nous plaçons en face d'une famille déterminée, nettement isolée, et que nous comparions le tort que peut lui causer, à elle et à elle seule, l'adultère de l'un des deux conjoints, nous serons obligés d'admettre que l'infidélité de la femme, qui peut amener l'introduction dans son sein d'enfants adultérins, est plus redoutable que celui du mari. Mais si, comme doit le faire un véritable législateur, nous n'envisageons pas seulement ces conséquences dans une famille isolée, si nous étendons nos regards au delà, ne voyons-nous pas que le mari en commettant le délit d'adultère est dans la même situation que la femme, et que, si celle-ci introduit des éléments étrangers

dans sa famille, le mari en apportera dans celle d'autrui ?

Est-ce que socialement, puisqu'on se place au point de vue social, les conséquences ne seront pas absolument, indiscutablement identiques ?

Le troisième argument de nos adversaires consiste à déclarer que l'intérêt de la société exigeant que le nombre des divorces soit le moins élevé possible, il fallait conserver dans notre législation une restriction qui rendait peu fréquents les divorces prononcés pour cause d'adultère du mari. Avec la possibilité que la modification introduite dans notre loi par le législateur de 1884 donne à la femme de faire prononcer le divorce à la première infidélité du mari, des abus vont se produire ; des époux, dit-on, vont divorcer qui auraient pu, qui auraient dû se réconcilier et qu'un entraînement passager du mari va à jamais séparer. On oublie, en raisonnant ainsi, que la loi n'impose pas le divorce, qu'elle se borne à donner aux époux le droit de le demander. Or, pourquoi supposer que la femme ne saura pas discerner une faute passagère d'un endurcissement dans l'infidélité ? Pourquoi n'avoir pas confiance dans son cœur et dans son esprit ? Elle sera indulgente s'il y a lieu et sévère s'il le faut. En divorçant elle perd plus, socialement, que le mari : elle ne demandera donc la dissolution de son mariage que si elle croit la vie en commun désormais impossible, que si elle sent l'absolue nécessité d'une séparation complète.

D'ailleurs, les statistiques sont là pour prouver que les divorces pour cause d'adultère du mari ne sont pas proportionnellement plus fréquents que les

autres : c'est la meilleure réponse que nous puissions faire à un argument qui, depuis la mise en vigueur de la loi de 1884, a considérablement perdu de sa portée.

Les partisans du *statu quo*, enfin, prétendaient, lors de la discussion relative à la suppression du dernier membre de phrase de l'article 230, que la facilité donnée à la femme de réclamer le divorce pour cause d'adultère pur et simple de son mari amènerait nécessairement des collusions entre les deux époux. Qu'on suppose un ménage résolu à divorcer : rien ne sera plus facile, disait-on, que de simuler ou d'organiser un adultère du mari, qui conduira inmanquablement à la séparation désirée. On semblait, en raisonnant ainsi, oublier que les collusions entre époux seraient tout aussi faciles, tout aussi réalisables quelle que fût la cause du divorce choisie. Notamment, si l'on avait maintenu la nécessité de l'entretien d'une concubine au domicile conjugal, croit-on qu'il n'eût pas été facile à deux époux, désireux de divorcer, de remplir cette condition ?

Nous avons fini l'examen des arguments qu'on opposait au vote de l'article 230 tel qu'il figure aujourd'hui dans notre Code civil et de ceux qu'on fit valoir depuis. On voit qu'à notre sens aucun n'est bien solide ; mais l'eussent-ils été davantage et eût-on prouvé que la modification proposée était en désaccord avec nos mœurs, qu'elle ne tenait pas compte des conséquences différentes de l'adultère du mari et de celui de la femme, qu'elle augmenterait le nombre des divorces et qu'elle favoriserait les collusions entre époux, que nous nous féliciterions pourtant de son introduction dans nos lois.

Au-dessus des prévisions calmes et froides des législateurs, il doit, à notre sens, exister un idéal de moralité, de justice et d'égalité auquel nous devons tendre de toute la force de nos désirs et sur lequel nous devons, avec une sage lenteur si l'on veut, modeler nos lois positives. Or l'article 230 du Code civil proclamait une égalité flagrante entre la faute du mari et la faute de la femme ; qu'on le voulût ou non, il favorisait l'immoralité du mari, et rien, comme le disait si justement M. de Pressensé, « rien n'est plus grave que de trouver dans le livre de la loi une sorte de sanction à l'immoralité », et l'honorable Sénateur ajoutait : « Ce qui est en jeu, c'est la morale la plus élémentaire et la plus générale, sans laquelle la législation ne serait qu'une misérable casuistique. — Supprimez du Code cette morale universelle, vous ôtez toute base à l'édifice de votre législation. Vous ne pouvez plus parler de droit, ayant brisé l'unité du devoir » (1).

Ces considérations sont si fortes qu'elles ont, depuis longtemps prévalu dans la grande majorité des législations européennes : la Russie, l'Autriche (2), les Pays Scandinaves, les Pays-Bas (3), la Suisse (4), la Roumanie consacrent le système de complète égalité entre l'adultère de l'un ou de l'autre époux en tant

---

(1) *Journal officiel*, Sénat, *Débats parlementaires*, 1884, p. 1132.

(2) Code civil de 1811, art. 115 et 119.

(3) Code civil Néerlandais, art. 264 et 288.

(4) Loi fédérale Suisse du 24 décembre 1874, art. 46.

que motif de divorce ou de séparation de corps. Il eût été profondément regrettable que la loi française fît exception sur ce point.

II

Les modifications apportées au Code civil, dans un esprit de justice et d'égalité, par la loi du 27 juillet 1884, ne se bornèrent pas à la suppression du dernier membre de phrase de l'article 230. Il existait en effet, au titre *du Divorce* et à celui *de la Séparation de corps*, une autre inégalité peut-être aussi frappante, et dont les conséquences pour la femme étaient souvent désastreuses. Nous voulons parler des articles 298, 308 et 309 ainsi conçus :

Art. 298. — Dans le cas du divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice. *La femme adultère sera condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction pour un temps déterminé qui ne pourra être moindre de trois mois ni excéder deux années.*

Art. 308. — *La femme contre laquelle la séparation de corps sera prononcée pour cause d'adultère sera condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction pendant un temps déterminé, qui ne pourra être moindre de trois mois ni excéder deux années.*

ART. 309. — *Le mari restera le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation en consentant à reprendre sa femme.*

La première chose qui frappe à la lecture de ces trois articles, — qui se réduisent en réalité à deux, l'article 308 n'étant que l'application pure et simple, au cas de séparation de corps, de l'article 298 édicté pour le cas de divorce — c'est l'entorse grave qu'ils donnaient aux principes en transformant subitement un tribunal civil en un tribunal correctionnel, prononçant contre la femme des peines de réclusion variant entre trois mois et deux ans. Il y avait là une si grave dérogation aux règles généralement observées par nos législateurs qu'on ne peut guère l'expliquer avec M. Demolombe que par une raison historique : « Est-ce par la nature particulière de ce délit (l'adultère), se demandait le savant jurisconsulte, qu'il faut expliquer la disposition de l'article 308 du Code civil, qui, contrairement à l'ordre général des juridictions, confère au tribunal civil le droit de prononcer une peine correctionnelle? On peut dire, il est vrai, que les juges civils, devant lesquels l'instance en séparation de corps vient de se déployer, ont acquis, par cela même, tous les éléments nécessaires de décision. Mais ce motif, très raisonnable sans doute, ne me paraît pas toutefois suffisant pour justifier cette compétence exceptionnelle ; car, dans bien d'autres circonstances encore, un procès civil peut révéler des faits punissables qui ne sauraient être néanmoins atteints par le même jugement. Ne serait-ce point plutôt à une raison historique qu'il faudrait demander l'origine de notre article 308? Réprimé

autrefois par notre ancienne jurisprudence, l'adultère de la femme avait cessé d'être traité comme un délit par la législation intermédiaire (loi du 25 septembre 1791). C'est sous l'empire de cette loi que le nouveau législateur s'occupa de la séparation de corps et qu'impatient peut-être de rétablir une pénalité contre l'adultère, il la décréta de suite dans le Code civil (articles 298, 388) (1). »

Quelles qu'aient été d'ailleurs les raisons des rédacteurs du Code civil, la dérogation qu'ils avaient introduite dans les articles 298 et 308 n'était pas purement théorique: elle présentait au point de vue des droits de la défense des inconvénients d'une réelle gravité.

La justice correctionnelle, en effet, est soumise à des formes spéciales que ne connaissent pas les tribunaux civils. C'est ainsi qu'aucune condamnation ne peut intervenir devant un tribunal correctionnel qu'à la suite d'une instruction verbale et qu'après l'audition de témoins par tous les juges, en audience publique, le tout à peine de nullité. Or, la femme défenderesse à la demande de divorce ou de séparation de corps était, sous le régime des articles que nous examinons, condamnée par le tribunal civil devant lequel était engagée l'instance sur une instruction faite en chambre du conseil, secrètement, par un seul juge et sur la lecture des dépositions de l'enquête.

Autre inconvénient et aussi autre atteinte aux principes: Le Code d'instruction criminelle veut que,

(1) Demolombe, *Cours de droit civil*. T. 4, n° 381.

lorsque deux personnes sont recherchées pour avoir participé au même délit, elles soient toutes les deux comprises dans une poursuite, et qu'elles comparaissent devant un même tribunal; c'est ainsi qu'au cas où les deux complices ne sont pas justiciables des mêmes juridictions, l'une des deux, celle désignée par la loi, dessaisit l'autre et devient seule compétente. La raison de cette règle est des plus simple: il faut qu'un tribunal, qui doit faire entre deux complices le départ des responsabilités, qui doit déterminer dans quelle proportion l'un a pu céder aux entraînements, à l'influence de l'autre, il faut, disons-nous, que ce tribunal ait devant lui les deux prévenus. Or, au cas de divorce, le tribunal civil n'avait pas à connaître le complice de la femme et, par conséquent, les deux coupables ne comparaissaient pas ensemble et n'étaient pas confondus dans un même jugement.

Mais toutes ces atteintes aux principes les plus solidement assis dans notre législation n'étaient rien en regard de l'inégalité flagrante que les articles 298 et 308 consacraient dans notre Droit civil.

Le Code pénal, on le sait, édictait et édicte encore, étrange anomalie après la loi de 1884, des pénalités très différentes contre le mari et la femme convaincus d'adultère. Alors que celle-ci est passible de la peine de trois mois de prison au minimum et de deux années au maximum, le mari, lui, ne peut jamais être condamné qu'à une amende variant entre 100 et 2,000 francs, et encore cette condamnation ne peut-elle être encourue qu'au cas où il est convaincu d'avoir entretenu une concubine dans la maison conjugale (art. 337 et 339 du Code pénal).

Eh bien ! cette différence de traitement, le Code civil la consacrait en la soulignant encore par les différences qu'il admettait dans l'application des peines encourues.

« Il semblait que l'équité la plus élémentaire exigeât que, passibles ou non des mêmes pénalités, l'égalité fût rétablie entre les époux du chef du tribunal chargé de les prononcer ; que si la femme était soumise à une peine plus grave, celle de l'emprisonnement, la peine plus légère contre le mari pût au moins lui être appliquée dans les mêmes conditions. » Il n'en était rien. L'article 298 en effet n'admettait la transformation exceptionnelle d'un tribunal civil en tribunal répressif que contre la femme : le mari, encore que pour lui le danger fût bien moins considérable puisqu'il ne risquait qu'une amende, restait en possession de toutes les garanties dont le législateur a entouré les droits de la défense. Il y avait là, nous le répétons, une inégalité que rien ne pouvait justifier et contre laquelle protestaient la raison et la justice.

Mais, si les articles 298 et 308 portaient gravement atteinte aux droits de l'épouse, ils ne respectaient pas d'une façon absolue ceux mêmes du mari.

Celui-ci, en vertu de l'article 336 du Code pénal, devait avoir seul le droit de faire prononcer contre sa femme une peine pour cause d'adultère. Le législateur de 1810 n'avait pas, en effet, voulu que l'épouse fût poursuivie sur une autre réquisition que celle de son mari. On avait laissé celui-ci libre de pardonner, libre de réclamer seulement le divorce ou la séparation de corps, libre aussi de demander contre sa

femme coupable l'application rigoureuse de la loi. Or, l'article 298 *in fine,* en disposant que « la femme adultère *sera* condamnée par le même jugement et sur la réquisition du ministère public à la réclusion dans une maison de correction », était en contradiction avec l'article 336 du Code pénal et portait atteinte au droit que fort justement il voulait réserver au mari.

On s'était bien demandé si les dispositions de l'article 298 du Code civil n'avaient pas été uniquement transitoires et comme telles abrogées par le Code pénal. Mais la jurisprudence et la doctrine avaient, après quelques hésitations, admis la négative. .

Elles décidaient également toutes deux que la simple demande de divorce pour cause d'adultère impliquait dénonciation par le mari de l'infidélité de sa femme et suffisait pour que le ministère public eût le droit et le devoir de requérir la peine. Donc, lorsque, devant le tribunal civil, le mari réclamait le divorce ou la séparation de corps pour cause d'adultère de la femme, si même il n'avait en aucune façon manifesté son intention de la voir condamner, le ministère public devait requérir l'application de la loi pénale, les juges étaient obligés de prononcer une peine d'emprisonnement !

Cette rigueur excessive était choquante ; la commission du Sénat le comprit et proposa de remplacer les mots « *sera* condamnée » par « *pourra être* condamnée ». Mais c'était là une demi-mesure qui ne faisait pas disparaître le danger d'un conflit entre la volonté des juges et celle de l'époux que le Code pénal avait voulu souveraine. Sans l'assentiment du mari,

malgré lui peut-être, une peine d'emprisonnement « eût pu » être prononcée. Une des dispositions les plus humaines de notre Code n'aurait ainsi pu avoir son complet effet. Cela eût été infiniment regrettable. Ne vaut-il pas mieux, socialement, qu'un mari trompé se borne à réclamer simplement devant le tribunal civil un divorce qui sauvera son honneur et celui des siens, sans risquer de faire emprisonner celle qui fut sa femme et qui reste la mère de ses enfants ?

Pour justifier le maintien de la finale de l'article 298, on opposait aux partisans de sa suppression deux arguments : le premier, consistait à dire qu'il fallait éviter le double procès qu'un mari pourrait intenter d'abord devant la juridiction civile et ensuite devant la justice correctionnelle ; le second, envisageant le résultat de ces deux actions, faisait prévoir que, triomphant devant l'une des deux juridictions, le mari pourrait peut-être succomber devant l'autre, ce qui amènerait une contrariété de décisions qu'il fallait éviter.

La réponse à ces deux arguments est simple. D'abord, il arrivera rarement que le mari, ayant obtenu gain de cause dans une instance en divorce, ne se tienne pas pour entièrement satisfait et cherche à se venger d'une faute dont sa femme porte déjà le poids ; d'autre part, la dualité des actions au civil et au criminel n'est pas spéciale à l'adultère : elle se retrouve dans nombre de cas et jamais peut-être la contrariété des décisions n'aura moins d'importance que dans l'hypothèse qui nous occupe.

Mais, quand bien même les dangers signalés eussent été plus réels que nous ne les croyons, quand

bien même ces cas se fussent présentés moins exceptionnellement que nous le supposons, ils n'auraient pas dû faire fléchir le principe supérieur d'égalité et de justice sur lequel s'appuyaient ceux qui réclamaient la modification de l'article 298.

Le Sénat fut de cet avis : il vota la suppression de la dernière partie de l'article 298 et l'abrogation des articles 308 et 309 du Code civil.

III

Le législateur de 1884, en supprimant au point de vue civil toute différence entre l'adultère du mari et de la femme, n'a pas fait disparaître de nos Codes l'inégalité de traitement qu'ils consacraient avant son intervention. De ce fait existe dans nos lois un regrettable disparate. En effet, les dispositions du Code pénal, dont nous avons été amené à dire déjà un mot, subsistent toujours dans notre législation. Aujourd'hui comme autrefois, le mari n'est passible d'une peine pour cause d'adultère que lorsqu'il a entretenu une concubine dans le domicile conjugal, tandis que l'adultère de la femme est punissable dans quelque lieu qu'il ait été commis. De même, la peine prononcée contre la femme adultère est plus forte que celle édictée contre le mari qui a tenu sa concubine dans la maison commune.

Alors que, dans le premier cas, la femme est, en vertu de l'article 357, condamnée à une peine variant entre trois mois et deux ans d'emprisonnement, le mari s'en tirera toujours avec une amende qui ne

sera jamais supérieure à deux mille francs et pourra n'être que de cent francs !

Mais ce n'est pas tout encore. Il faut, pour avoir une idée exacte de notre législation pénale en matière d'adultère, joindre, aux textes que nous venons d'analyser, l'article 324, qui décrète que *le meurtre commis par l'époux sur son épouse, ainsi que sur le complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale, est excusable.* L'excuse, qui emporte avec elle une atténuation de peine, n'est donc admise qu'à l'égard du mari qui tue sa femme : la femme qui, dans les mêmes conditions, se vengerait de son mari, serait passible de toutes les rigueurs du Code : « Tue-les, disait notre Code pénal avant le dramaturge, mais seulement si tu es homme ! »

Nous ne voulons pas insister sur ces différences de traitement que notre législation criminelle a maintenues vis-à-vis du mari et de la femme. Nous nous bornerons, pour bien montrer combien nous sommes en retard sur ce point, à jeter un rapide coup d'œil sur les lois en vigueur dans les pays qui nous entourent.

Presque partout, l'égalité de traitement existe en cas d'infidélité de l'un et de l'autre époux. Trois systèmes sont ici en présence.

Le premier envisage l'adultère comme un délit punissable dans tous les cas, qu'il ait causé ou non la rupture du mariage. L'Autriche, où « l'époux coupable d'adultère est passible d'un emprisonnement d'un mois à six mois (1) » ; les Pays-Bas, où « la per-

(1) Code pénal Autrichien de 1852, art. 502.

sonne mariée qui commet un adultère est punie d'un emprisonnement de six mois au plus (1) » ; la Suisse, dont presque tous les Codes cantonaux se sont placés au même point de vue que le Code Néerlandais (2) ; la Russie, où « tout époux qui se rend coupable d'adultère est passible de détention dans un couvent, s'il y en a un de sa confession dans la localité, sinon d'un emprisonnement de quatre à huit mois (3) », ont adopté ce premier système.

Le second système, dans lequel l'adultère n'est considéré comme un délit qu'autant qu'il a occasionné le divorce ou la séparation de corps, est admis en Allemagne, dont le Code pénal décide que « l'adultère, lorsqu'il aura entraîné le divorce, sera puni, à l'égard du conjoint coupable et de son complice, d'un emprisonnement jusqu'à six mois (4) » ; en Hongrie, où « l'adultère est puni au maximum de trois mois d'emprisonnement lorsque, par suite de l'adultère, le divorce ou la séparation de corps auront été prononcés par jugement définitif (5) » ; enfin, par les quelques cantons Suisses qui n'ont pas adopté le premier système.

L'Angleterre, seule des pays européens, forme enfin, avec l'État de New-York, le groupe attaché au troisième système qui, ainsi que le faisait notre Code

---

(1) Code pénal Néerlandais de 1881, art. 241.

(2) V. Stoos, *Die Schweizerischen Strafgesetzbücher*, p. 442 à 484.

(3) Code pénal Russe de 1866.

(4) Code pénal Allemand de 1870, art. 172.

(5) Code pénal Hongrois de 1878, art. 246.

de 1791, ne considère jamais l'adultère comme un délit relevant du droit pénal.

On voit par l'énumération qui précède que la Belgique, l'Italie et l'Espagne, seules avec la France, n'ont pas admis l'égalité complète de traitement pour l'adultère des deux époux. Mais, de ces quatre législations, la plus défavorable pour la femme, c'est indiscutablement la nôtre. Tandis qu'en France l'adultère du mari n'entraîne jamais pour lui qu'une simple amende, dans les trois autres pays que nous venons de citer il est puni de la prison absolument comme l'adultère de la femme ; de plus, de toutes les nations civilisées, la nôtre est la seule dont le Code pénal excuse le meurtre par le mari de l'épouse coupable et de son complice.

Cette disposition, que personne d'ailleurs ne défend, ne saurait plus bien longtemps être maintenue dans notre législation où elle semble un vestige d'un autre âge.

Mais peut-être, par son archaïsme même, attirera-t-elle plus rapidement l'attention du législateur de l'avenir sur l'inconséquence et l'injustice de notre droit pénal à l'égard de l'adultère de l'un et de l'autre époux. Ce jour-là, nos Parlementaires se rendront sans doute compte de la nécessité qu'il y a de faire disparaître de nos Codes le singulier disparate qu'ils contiennent.

Ce jour-là, ils achèveront l'œuvre de justice et d'égalité qu'a si heureusement commencée le législateur de 1884.

CHAPITRE III

DROITS DE LA FEMME SUR SES ENFANTS

I

Les législateurs du Code civil, lorsqu'ils voulurent traiter des droits qui appartiennent aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants, se trouvèrent, une fois encore, en présence de deux principes contraires qui se partageaient notre ancienne France.

L'un, dérivant du vieux Droit romain, considérait la puissance paternelle comme un privilège pour le père, auquel la mère ne devait jamais participer, un droit organisé bien plus dans l'intérêt de celui qui l'exerçait que dans celui de l'enfant ; les pays de Droit écrit conservaient ainsi, à peine adoucies par les mœurs, les traditions de l'austère mais parfois cruelle *patria potestas*.

L'autre principe, celui des pays coutumiers, envisageait la puissance paternelle comme un privilège pour l'enfant, et pour le père comme un devoir bien plus que comme un droit. « Ce n'était, dit Demante,

qu'une sorte d'autorité tutélaire, consistant dans le gouvernement de la personne et des biens des enfants hors d'état par leur âge de se gouverner eux-mêmes et de pourvoir à leurs intérêts. »

Entre ces deux façons d'envisager la puissance paternelle, le législateur de 1803 choisit la seconde, et nous n'aurions qu'à l'en féliciter sans réserves s'il n'avait pas cru devoir faire à la tradition des pays de droit écrit quelques concessions dont la mère supporte presque tout le poids.

En effet, après avoir, dans les articles 371 et 372, déclaré que « *l'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère* » et qu' « *il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation* », le Code civil, dans l'article suivant, ajoute : « LE PÈRE *exerce* SEUL *cette autorité durant le mariage.* » Si donc, en principe, la puissance paternelle appartient collectivement au père et à la mère, celle-ci ne pourra jamais l'exercer tant que le mariage ne sera pas dissous par la mort de son mari. C'est là une application nouvelle du principe de l'unité de direction que nous avons déjà vu proclamer lorsqu'il s'agissait de la conduite des intérêts moraux et matériels des deux époux. Lorsqu'il s'agira de l'enfant, la règle sera la même : subordination du droit de la femme à la volonté de l'époux. Mais alors que le Code avait prévu, lorsqu'il s'agissait de la femme mariée, une série de recours destinés à protéger sa personne et ses biens, il avait totalement omis de garantir l'enfant contre les abus de la puissance paternelle. Nous verrons que le législateur moderne a heureusement complété à cet égard notre législation.

La mère, n'exerçant la puissance paternelle (étrange rapprochement de mots !) (1) que lorsque le père est mort ou se trouve dans l'impossibilité absolue de l'exercer, il semblerait qu'elle dût logiquement avoir sur ses enfants les mêmes droits qu'avait eus son mari. De même que nous admettons volontiers que la femme soit subordonnée à son mari lorsque l'intérêt absolu du ménage l'exige, de même nous ferions au sacro-saint principe de l'unité de direction le sacrifice des droits de la mère sur ses enfants. Mais, lorsque le mari n'est plus là, la femme, n'est-il pas vrai, doit user de droits égaux à ceux qu'il exerçait de son vivant. Si une différence devait exister, elle devrait être dans le sens d'une plus grande puissance légale de la mère, puisque la veuve aura, presque toujours, beaucoup plus de mal que n'en eût eu le père à imposer son autorité à ses enfants.

Or, loin de donner plus de droits à la mère survivante, ce que d'ailleurs nous ne songeons aucunement à réclamer, le Code civil français réduit la puissance paternelle lorsqu'elle doit être exercée par elle.

Tout d'abord, au point de vue du droit de correction qui consiste dans la faculté, pour celui qui a l'exercice de la puissance paternelle, de faire emprisonner son enfant pour des fautes très graves, la différence entre le père et la mère est considérable.

---

(1) M. Louis Bridel, le distingué professeur de la Faculté de droit de Genève, dont les livres et les articles sont si profondément pensés et si humains, propose de remplacer les mots « puissance paternelle » par « autorité parentale ».

Le pouvoir du père, on le sait, peut se manifester par voie d'autorité et par voie de réquisition ; il s'exerce par voie d'autorité quand, pour obtenir l'incarcération, le père n'a pas besoin de l'avis d'une juridiction quelconque, lorsqu'en un mot il peut exiger l'arrestation et l'emprisonnement de son enfant sans fournir les motifs de sa décision ; cette loi lui est ouverte lorsque l'enfant n'a pas dépassé quinze ans, qu'il n'exerce pas de profession et qu'il ne possède pas de biens personnels : il faut de plus que le père ne soit pas remarié.

En dehors de ces cas, c'est-à-dire lorsque l'enfant a plus de quinze ans, qu'il possède des biens personnels, qu'il a un état, ou bien si le père est remarié, l'emprisonnement ne peut plus être obtenu que par voie de réquisition, c'est-à-dire que le père devra solliciter du président du tribunal un ordre d'arrestation qui pourra lui être refusé si les motifs qu'il fournit semblent insuffisants.

La mère, au contraire, lorsqu'elle exerce la puissance paternelle, ne peut jamais agir que par voie de réquisition, et encore lui faut-il, pour demander l'incarcération de son enfant, « le concours des deux plus proches parents paternels » de celui-ci ; de plus si elle est remariée elle perd tout droit de correction sur les enfants issus de son premier mariage.

« Pourquoi, se demande M. Bridel (1), ces restrictions aux droits de la mère, alors qu'il y aurait au contraire de bonnes raisons, semble-t-il, pour lui

---

(1) Bridel. *Le droit des femmes et le mariage,* p. 154.

faciliter plutôt l'exercice du droit de correction, lorsqu'il y a lieu de recourir à ce moyen ?

« Il vaut la peine de citer les raisons alléguées par quelques jurisconsultes pour justifier la différence de traitement auquel les mères sont soumises : « La faiblesse de leur jugement et le caractère d'emportement assez ordinaire à ce sexe empêchent qu'on puisse compter sur le jugement de la mère comme sur celui du père. » (Ainsi s'exprimait Pothier au XVIII^e^ siècle). « Le législateur n'a point jugé que le caractère de la mère, souvent mobile et passionné, offrît la garantie d'une appréciation toujours calme et froide » (Valette.) « La loi se méfie du caractère féminin porté quelquefois aux exagérations, et qui pourrait attacher trop d'importance à des fautes légères. » (Colmet de Santerre).

« Franchement..., mais n'insistons pas : les plus mauvaises causes trouvent des avocats ; il y aura toujours des juristes prêts à soutenir la perfection du Code civil, que l'univers admire, et sur lequel il serait sacrilège de porter la main ! — Celà n'empêche pas que la France est actuellement le seul pays civilisé à posséder un système pareil. »

Pour nous, sachant combien peu on use dans la pratique du droit de correction, nous nous bornerons à voir dans ces dispositions de notre Code civil, avant-dernier vestige de *l'imbecillitas sexus* chère aux Romains, une regrettable inégalité. Et s'il nous est permis de manifester un désir, nous exprimerons celui de voir sur ce point spécial les droits de la femme non pas élevés au niveau de ceux du mari, mais les droits du père abaissés au niveau de

ceux de la mère. Le droit d'incarcération par voie d'autorité ne cadre plus avec nos mœurs ; nous le verrions disparaître de nos lois sans l'ombre d'un regret.

L'inégalité des droits du père et de la mère sur la personne des enfants se retrouve lorsqu'il s'agit des biens de ceux-ci.

L'article 384 du Code civil n'accorde la jouissance des biens des enfants mineurs de 18 ans et non émancipés qu' « au père durant le mariage et, après sa dissolution, au survivant des père et mère. » Mais ce n'est pas tout, car l'article 386 ajoute : « Cette jouissance... cessera à l'égard de la mère dans le cas d'un second mariage. »

Si la première inégalité n'a que peu d'importance lorsque les parents sont mariés sous le régime de la communauté, il peut n'en être par de même s'ils ont adopté un régime exclusif de communauté. On a expliqué cette disposition en disant que la jouissance légale, étant un attribut de la puissance paternelle, devait être accordée à celui qui exerce cette puissance. C'est tourner dans un cercle vicieux. Quant à l'article 386, voici ce qu'en dit M. Baudry-Lacantinerie dans son *Précis de Code civil* : « Ce n'est pas qu'il soit bien facile de justifier cette différence que la loi établit ici entre le père et la mère. Notre ancien Droit ne l'avait pas admise ; le deuxième mariage du père mettait fin au droit de garde comme le deuxième mariage de la mère. On dit, il est vrai, pour la justifier, que par son deuxième mariage la mère passe sous l'autorité d'un

nouveau maître, et que, si la loi lui eût conservé la jouissance des biens de ses enfants du premier lit, ce droit de jouissance aurait été, en fait, exercé par le deuxième mari, qui n'aurait pas manqué de le faire tourner à son profit et au profit de la nouvelle famille fondée par le second mariage ; tandis que le père qui se remarie conservera son indépendance, et exercera lui-même le droit d'usufruit que la loi lui conserve sur les biens de ses enfants du premier lit.

» Mais n'est-ce pas là une différence plus apparente que réelle ? Ce qui importe, c'est que les produits du droit de jouissance légale sur les biens des enfants du premier lit ne servent pas à alimenter la nouvelle famille fondée par le deuxième mariage du survivant. Or, croit-on qu'ils ne recevront pas cette destination après le deuxième mariage du père, tout comme après le deuxième mariage de la mère ? Sans doute, le père remarié exercera lui-même son droit de jouissance ; mais il sera tenté d'en faire profiter sa femme et ses enfants du second lit, et, en fait, il ne résistera guère à la tentation. Quoi qu'il en soit, *statuit lex.* »

La loi en a ainsi décidé, c'est vrai, mais lorsque la loi n'est pas juste, lorsque la loi viole les principes d'équité, ne doit-on pas désirer la réforme de la loi ?

Peut-être à cet égard est-on en droit de regretter que notre législateur n'ait pas procédé en 1889, alors que son attention était tout spécialement attirée sur le titre *De la puissance paternelle*, à une refonte complète de cette partie de notre Code civil.

Quoi qu'il en soit, les réformes qu'il a introduites

dans notre Droit sont importantes, on va s'en rendre immédiatement compte.

II

La loi du 24 juillet 1889, qui est intitulée « *Loi sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés* », a nettement inscrit dans notre législation ce principe nouveau : à savoir, que la puissance paternelle n'ayant plus sa raison d'être lorsque les parents la détournent de son but ou s'en font un moyen d'oppression, peut leur être enlevée par un jugement prononçant leur déchéance.

Ce qu'a voulu le législateur de 1889 c'est imposer une sanction aux devoirs des parents. Ainsi donc, à l'avenir, le père pourra se voir priver d'un droit qu'il exerçait jusqu'ici, sauf deux exceptions édictées par l'article 335 du Code pénal et la loi du 7 décembre 1874, d'une façon absolue. Les tribunaux, il est vrai, avaient le droit d'enlever, dans certains cas, l'exercice de tel ou tel attribut de la puissance paternelle ; mais ils n'en pouvaient prononcer la déchéance complète. Aussi, dans son titre I^er^, la loi de 1889 a-t-elle étendu considérablement les cas où la puissance paternelle pouvait être enlevée aux parents. Il n'est peut-être pas inutile de rappeler ici la distinction qu'elle fait. Les actes des parents comportent-ils un caractère d'indignité évident ? la déchéance, dans ce cas, sera encourue de plein droit. Leurs actes, tout en étant répréhensibles, laissent-ils planer un doute sur l'im-

moralité complète du père ou de la mère coupables ? la déchéance sera laissée à l'appréciation des juges.

Elle a lieu de plein droit :

1° Lorsque les parents sont condamnés pour avoir excité leurs propres enfants à la débauche. C'est le cas de l'article 334 du Code pénal ;

2° Lorsqu'ils sont condamnés comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime commis par ou sur la personne d'un de leurs enfants ;

3° Lorsqu'ils sont condamnés deux fois comme auteurs ou complices d'un délit commis sur la personne d'un de leurs enfants ;

4° Lorsqu'ils ont été condamnés deux fois pour excitation habituelle de mineurs à la débauche.

La déchéance au contraire est facultative pour le Tribunal :

1° Lorsque les parents sont condamnés à une peine afflictive et infamante pour crime de droit commun ;

2° Lorsqu'ils sont condamnés deux fois pour séquestration, suppression, exposition ou abandon d'enfant ;

3° Lorsqu'ils sont condamnés quatre fois en moins de trois ans pour ivresse publique ou pour avoir violé la loi du 7 décembre 1874 ;

4° Lorsqu'ils sont condamnés pour excitation d'enfants mineurs, autres que les leurs, à la débauche.

Mais, là où la loi nouvelle innove surtout, c'est lorsqu'elle autorise la prononciation de la déchéance paternelle contre des parents qui n'ont subi aucune condamnation. Deux cas sont prévus par le législateur de 1889 : le premier se présente lorsqu'un enfant a été enfermé dans une maison de correction

après avoir été acquitté comme ayant agi sans discernement; le second trouve son application lorsque, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par de mauvais traitements, les parents compromettent soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants.

D'ailleurs, que la déchéance ait lieu *de plano* ou qu'elle ait été facultativement prononcée, ses effets sont toujours les mêmes; ils restent toujours aussi étendus, aussi absolus : ils emportent privation totale de tous les droits constituant la puissance paternelle. De plus, les parents déclarés ou jugés indignes perdent leurs droits à l'égard de tous leurs enfants majeurs ou mineurs, nés ou à naître.

Mais, lorsque la déchéance est facultative pour les tribunaux, qui pourra la demander, qui pourra la faire prononcer? Le Conseil d'État, lors des travaux préparatoires de la loi, avait proposé que le ministère public seul pût introduire l'action en déchéance. Mais le législateur de 1889 alla plus loin. L'article 3 de la loi nouvelle permet à tous les parents de l'enfant, jusqu'au quatrième degré inclusivement, de réclamer la déchéance. A l'avenir donc, la mère aura un recours contre les abus de l'autorité paternelle : sous le régime du Code civil, privée de tout droit, elle était obligée de souffrir sans se plaindre, les mauvais traitements ou les tortures infligés à ses enfants, les déplorables conseils et les mauvais exemples que leur donnait un père dénaturé. Aujourd'hui, elle est armée d'un droit dont, forte de son amour maternel, elle n'hésitera pas à se servir pour le salut de ses petits.

Et pourtant cette loi, si libérale sur tant de points, porte — dans une excellente intention, nous le concédons — une atteinte profonde aux droits de la mère.

En effet, il semble logique qu'en cas d'indignité déclarée du père la puissance paternelle, qui lui est enlevée, aille de plein droit à la mère. Il n'en est rien. On a redouté l'influence du mari sur la femme; on a craint qu'en présence du père conservant, à défaut de puissance paternelle, la puissance maritale, « la mère n'eût sur ses enfants qu'une autorité purement nominale, et ne fût que le docile instrument des volontés d'un père dont la loi avait voulu écarter l'influence (1) ». On a donc laissé aux tribunaux un pouvoir absolu d'appréciation. « Ils pourront décider que la mère exercera la puissance paternelle; ils pourront, en gardant simplement le silence, ou en nommant un tuteur, lui refuser ce droit. Dans ce cas, on constituera la tutelle suivant les termes du droit commun; le conseil de famille se réunira et nommera un tuteur. S'il n'y a pas de parents, ou s'il n'y a que des parents indignes, l'enfant sera alors confié à l'Assistance publique. »

D'ailleurs, malgré les éloquentes paroles que M. Batbie prononçait au Sénat en 1883 (lors de la discussion du premier projet de la loi qui nous occupe), pour demander le rejet d'une disposition qui semble flétrir dans une certaine mesure la femme innocente, nous ne croyons pas que cette restriction au droit naturel de la femme ait une réelle impor-

(1) M. Gegout, *Des limitations à la puissance paternelle*, Thèse de Nancy, p. 203.

tance. Au point de vue des principes, cette dérogation peut parfaitement s'expliquer par la nécessité de défendre efficacement des êtres qui ont besoin de toute la protection de nos lois. En laissant aux tribunaux, en présence d'un père indigne, le soin d'accorder ou de retirer à la mère la puissance paternelle on a sagement agi. A eux de n'user du droit qui leur est accordé qu'avec circonspection et bienveillance.

En résumé, nous croyons que la loi de 1889 a réalisé un très grand progrès. Elle a, comme on l'a fort bien dit, consacré législativement le droit de contrôle de l'État sur la puissance paternelle. Elle a enfin établi une sanction légale aux devoirs que le Code civil avait imposés aux parents.

III

Des droits que la puissance paternelle donne au père et à la mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants, il faut rapprocher le droit de consentir ou de s'opposer à leur mariage. C'est là encore un pouvoir domestique fondé autant sur l'intérêt des enfants que sur l'autorité des parents et attribué collectivement au père et à la mère.

Car ce droit, au moins en principe, appartient également au mari et à la femme : ce qu'on a eu en vue, c'est, d'une part, la protection des enfants qui peuvent se marier en état de minorité, d'autre part l'intérêt de la famille tout entière, sur laquelle influera au premier chef le mariage des jeunes époux. Les parents, donc, doivent pouvoir, jusqu'à ce que leurs

enfants aient atteint un certain âge, s'opposer à une union qu'ils croient devoir être dangereuse pour ceux-ci et pour la famille tout entière. Un dissentiment éclate-t-il entre eux? Comme leur affection pour l'enfant qui sollicite leur consentement doit être égale, comme leur souci des intérêts familiaux doit être le même, on eût pu décider, comme l'a fait pour un cas particulier l'article 150, que le partage emporterait consentement; on eût pu même déclarer que le tribunal, par exemple, jugerait qui du père ou de la mère avait raison. Le Code civil au contraire, dès le début de la matière, pose à nouveau le principe de la suprématie masculine: *Le fils qui n'a pas atteint l'âge de 25 ans accomplis*, dit l'article 148, *la fille qui n'a pas atteint l'âge de 21 ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère: en cas de dissentiment le consentement du père suffit.*

Ainsi le père consent au mariage, la mère refuse d'y consentir, le mariage se fera; au contraire le père, refuse-t-il son consentement alors que la mère accorde le sien, le mariage ne pourra avoir lieu.

L'avis paternel, quel qu'il soit, prévaudra donc toujours: il gardait même cette prééminence, avant la loi du 24 juillet 1889, lorsque le père était notoirement indigne. Aujourd'hui encore tout danger n'est pas écarté : que de drames intimes se déroulent qui ont pour cause cette nécessité de rapporter le consentement d'un père qui a quitté le foyer domestique, abandonnant les siens, et qui trop souvent, hélas ! ne « lâche sa signature » que contre de beaux deniers comptants. Et la mère qui, elle, a lutté, a peiné,

qui, par son travail de tous les instants, a peut-être sauvé la vie de ses enfants, voit son avis inefficace, son consentement légalement inutile, lorsqu'il s'agit de leur mariage. Les convenances que l'on invoque ici pour justifier l'avis qu'on lui demande sont parfois une dérision.....

Et pourtant nous n'irons pas aussi loin que ceux qui déclarent que le Code civil, en exigeant un consentement dont il proclame d'autre part la parfaite inutilité, a introduit dans notre législation une superfluité de plus. La nécessité pour l'enfant de demander à sa mère son avis sur le mariage qu'il se propose de contracter, ne conservât-elle absolument que le caractère d'une obligation morale, qu'on comprendrait encore parfaitement que notre législateur l'exigeât.

Mais l'inutilité de cette prescription du Code est loin d'être prouvée. Dans la pratique, en effet, la mère, qu'il faudra consulter, pourra peut-être par ses avis, par ses objurgations, par ses prières, obtenir plus que le père par son autorité ; au cas même où celui-ci aurait été gagné ou acheté, les observations de la mère pourront n'être pas sans influence sur sa décision finale et l'amèneront peut-être à changer sa manière de voir. Si l'on eût pu, au contraire, se passer totalement de la mère, on lui eût souvent annoncé le mariage, qu'on savait devoir ne pas être approuvé par elle, trop tardivement pour que son avis pût avoir une influence quelconque.

Nous nous consolons donc de l'imperfection de notre législation en matière d'autorisation à mariage, en songeant qu'elle eût pu être bien plus déplorable

encore, si l'on avait ici appliqué dans toute leur rigueur les principes de l'autorité maritale et de la puissance paternelle. Les cas regrettables que nous avons signalés sont heureusement une exception ; ils se produiront plus rarement encore maintenant grâce à la loi du 20 juin 1896, dont nous dirons quelques mots tout à l'heure.

Mais auparavant il nous faut rappeler quel système a adopté notre Code lorsque, à défaut des père et mère, les aïeuls les remplacent.

L'article 150, qui règle la matière, distingue plusieurs cas.

Quand les père et mère de l'enfant, qui n'a pas encore atteint sa majorité matrimoniale, sont décédés ou sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, s'il n'existe d'aïeuls que dans une seule ligne, l'enfant devra demander leur consentement à tous deux. Mais ici intervient à nouveau la règle de la prédominance du sexe masculin. En cas de désaccord, c'est la volonté de l'aïeul qui l'emportera sur celle de l'aïeule. Le Code civil reste donc ici d'accord avec lui-même.

Mais s'il y a des aïeuls dans les deux lignes, paternelle et maternelle, que décide le Code ? S'il avait jusqu'au bout conservé le même système, il eût dû déclarer que toujours la ligne paternelle l'emportera sur la ligne maternelle. Il n'alla pas jusque-là. Il semblait pourtant, au début, rester fidèle aux errements de l'article 148. Dans chaque ligne, en effet, c'est l'avis de l'aïeul qui l'emporte sur celui de l'aïeule ; mais la prépondérance du sexe s'arrête là : elle ne s'exerce plus d'une ligne à l'autre ; l'article 150 *in fine*

déclare que *s'il y a dissentiment entre les deux lignes ce partage emportera consentement.*

Le législateur de 1803 n'a donc pas voulu pousser jusqu'à l'extrême la règle de l'omnipotence masculine en matière de consentement à mariage. Nous ne pouvons que nous en féliciter, tout en faisant remarquer que, de ce fait, existe dans notre loi matrimoniale un disparate évident.

IV

Des considérations, d'une nature toute particulière, ont amené récemment nos législateurs à modifier, dans une certaine mesure, le titre *du Mariage.*

La nécessité de combattre une dépopulation qui ne laisse pas de devenir inquiétante, la volonté de rendre plus faciles et moins onéreuses les unions légitimes, le désir enfin de simplifier quelques-unes des formalités les plus longues et les plus compliquées qui accompagnaient parfois les mariages, nous valurent la loi du 20 juin 1896.

Parmi les diverses dispositions qu'elle contient, nous n'en voulons relever qu'une, qui nous semble particulièrement intéressante au point de vue de l'étude que nous avons entreprise.

Elle est contenue dans l'article 3 de la loi nouvelle, ainsi conçu :

« Article 3. — L'article 152 du Code civil est ainsi remplacé :

« *Article 152.* — S'il y a dissentiment entre des parents divorcés ou séparés de corps, le consentement

de celui des deux époux au profit duquel le divorce ou la séparation aura été prononcé et qui aura obtenu la garde de l'enfant suffira. »

La simple lecture de cette disposition nouvelle montre quelle est son importance, tant au point de vue des principes qu'au point de vue pratique.

Elle introduit tout d'abord, dans nos lois, une exception très sérieuse à la règle édictée par l'article 148, c'est-à-dire à la prédominance absolue de l'avis du père lorsqu'il s'agit du mariage des enfants communs.

La dérogation de l'article 152 nouveau est formelle : sous le régime du Code civil, le mari coupable contre lequel avait été prononcé le divorce ou la séparation de corps, le mari à qui on avait enlevé la garde de son enfant, retrouvait tous ses droits lorsqu'il s'agissait du mariage de celui-ci ; aujourd'hui, au contraire, l'enfant n'est plus tenu de solliciter le consentement que de celui de ses parents qui a obtenu le divorce ou la séparation de corps, de celui à qui il a été confié par le tribunal.

Si cette règle nouvelle choque les principes proclamés par le législateur de 1803, en matière de consentement à mariage, elle satisfait la logique et plus encore la justice.

Nous ne nous étendrons pas sur les résultats pratiques de cette disposition ; on comprend immédiatement quels ils peuvent être.

Désormais, l'épouse divorcée n'aura plus à songer avec appréhension au moment où ses enfants seront, de par la loi, obligés de solliciter la bonne volonté d'un père qui a peut-être eu, vis-à-vis d'eux, les plus

grands torts ; désormais aussi, la disparition complète d'un mari qui a abandonné le foyer domestique ne présentera plus cet inconvénient de mettre un jour ses enfants, désireux de se marier, dans le plus grand embarras.

Après la loi du 24 juillet 1889, l'article 3 de la loi du 20 juin 1896 a proclamé, à son tour, le principe de la corrélation nécessaire entre le droit et le devoir.

CHAPITRE IV

DROITS DE SUCESSION DU CONJOINT SURVIVANT

Le mariage, tel qu'idéalement nous le concevons de nos jours, crée, entre les deux époux qu'il lie, une solidarité complète, absolue : il est l'union morale de deux êtres humains, corroborée, fortifiée par une association d'intérêts. Cette communauté de ressources peut varier en étendue suivant le régime adopté par les conjoints, mais toujours, même dans le cas où les conventions matrimoniales ont créé deux patrimoines distincts, la fortune appartenant à l'un des époux profite dans une certaine mesure à l'autre. A côté du devoir de fidélité, tous les législateurs modernes ont, pour le moins, placé le devoir de secours et d'assistance réciproque des époux.

Mais une question se pose immédiate : La mort, qui dissout le mariage, doit-elle faire de toute nécessité cesser cette solidarité, ou faut-il décider que la disparition de l'un des époux ne rompt pas définitivement les liens qui l'attachaient à son conjoint et ne le libère pas de toute obligation matérielle ?

I

Les diverses législations ont à cette question répondu très différemment, et rien n'est plus varié que l'histoire du droit héréditaire du conjoint survivant à travers les âges (1).

Elle se modèle d'ailleurs parfaitement sur l'histoire de la femme : lorsque nous trouvons, à une époque ou dans un pays déterminés, l'épouse méprisée et le mariage considéré uniquement comme un moyen de perpétuer la race, nous serons sûrs qu'il n'existera pas de droit héréditaire entre époux ; peut-être même, comme dans la législation hébraïque, verrons-nous ce droit d'abord totalement méconnu (législation mosaïque) être ensuite admis, mais au bénéfice du mari seul (législation rabbinique). Au contraire, lorsqu'augmentera le respect de la femme, lorsque les mœurs et les institutions tendront à rapprocher le mariage de cette communauté absolue d'esprit, de cœur et de biens qu'il devrait être, nous verrons aussi s'affirmer avec plus de force la nécessité d'un droit héréditaire entre époux.

Cette marche parallèle de deux idées différentes n'a rien qui doive surprendre. Si le mari a un intérêt

---

(1) V. Boissonade. *Histoire des droits de l'époux survivant.* — Ramarony. *Étude historique sur les droits de succession ab intestat du conjoint survivant* (1895). — Delpech. *Essai historique et juridique sur le droit de succession ab intestat du conjoint survivant* (1897), etc...

évident à avoir sur les biens de sa femme un droit de succession, le droit réciproque que la femme exercera sur les biens de son mari lui sera beaucoup plus précieux encore.

La plupart du temps, en effet, le mari pourra, lors de la dissolution de la communauté, se suffire à lui-seul ; il saura par son travail ou son industrie gagner sa vie. Mais la femme ? A la souffrance d'une douloureuse séparation s'ajoutera encore bien souvent pour elle le souci du lendemain. Ne possédant pas de métier, ou ayant à cause de son mari abandonné celui qu'elle exerçait avant son mariage, elle se trouvera peut-être, si la loi successorale n'y veille, sans ressources, sans moyens d'existence.

Si même nous ne la supposons pas dénuée de tout, la femme pourra pourtant souffrir dans ses habitudes de la disparition d'un époux fortuné. Son genre de vie, ses besoins, c'est la position du mari qui les a fait naître : ses goûts nouveaux, c'est à lui qu'elle les doit ; c'est lui donc qui doit aussi, en toute justice, lui continuer les moyens de les satisfaire.

A notre sens, par conséquent, le droit du conjoint survivant ne doit pas être basé uniquement sur l'affection présumée des époux l'un pour l'autre. Il est certain que cette considération doit entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit surtout d'un système successoral bâti, comme le nôtre, sur la volonté supposée du *de cujus*.

Mais nous affirmons qu'il y a là aussi et surtout une obligation pour les époux qui manqueraient gravement au devoir d'assistance s'ils oubliaient d'assurer après leur mort le sort de leur conjoint. Nous en

pouvons conclure qu'une loi successorale, qui se propose de faire le testament de tous ceux qui meurent intestats, doit toujours comprendre parmi les successibles l'époux survivant.

Les principes que nous venons d'exposer avaient déjà été admis, dans une certaine mesure, en droit romain.

Nous nous bornerons à rappeler la *bonorum possessio unde vir et uxor* créée par le Préteur et la quarte du conjoint pauvre instituée par les Constitutions impériales, qui peuvent être, comme on l'a dit fort justement, considérées comme la première origine de la vocation successorale du conjoint.

Notre ancien droit français, au moins dans les pays de droit écrit, suivit, sur ce point comme sur bien d'autres, l'exemple du droit romain. Mais il semble avoir été surtout frappé de la nécessité, que nous indiquions tout à l'heure, d'un droit de succession pour la femme survivante. C'est au profit de la femme en effet, et de la femme seule, que les pays de droit écrit créèrent, à côté de la quarte du conjoint pauvre dont la quotité était, suivant les cas, d'un quart de l'hérédité ou d'une part d'enfant en propriété ou en usufruit, de nombreux gains de survie tels que l'augment de dot, qui permettait à l'épouse de prendre en plus de ses reprises dotales une partie des biens du mari en pleine propriété, s'il n'existait pas d'enfants issus du mariage, et en usufruit seulement dans le cas contraire ; tels aussi que le droit de bagues, joyaux et coffre, les droits de deuil et de viduité, etc.

Dans les pays de coutume, si le conjoint survivant ne fut que très tard appelé à la succession du

prédécédé (1), si lorsqu'il y fut admis il n'y vint qu'au préjudice du fisc seul, il eut pourtant, comme dans les pays de droit écrit, des gains particuliers de survie. C'était pour le mari et pour la femme le préciput légal des nobles, c'était encore, dans la Flandre et en Alsace, l'entravestissement de sang qui donnait à l'époux survivant en pleine propriété la part du prédécédé dans la communauté, mais en cas seulement de non convol (2). Mais c'était surtout pour la femme, et la femme seule, le douaire qui était dans la plupart des coutumes de moitié (3) et dans plusieurs autres du tiers (4) des biens appartenant au mari soit au moment du mariage soit lors de son décès; le droit viager d'habitation (5); le droit au deuil et le droit de reprendre ses linges et hardes (6).

La loi du 17 nivôse de l'an II, par son article 61, abrogea « toutes les lois, coutumes et statuts relatifs à la transmission des biens par donations et successions », et, par la même, supprima tous les droits

---

(1) « En France, même en la prévôté et vicomté de Paris, la femme n'est jamais héritière de son mary, ni le mary de la femme, » disait Bacquet (*Traité du droit d'aubaine*, ch. 23, § 2, 3 et 5); et Loysel : « La femme ne succède point à son mari, ni le mari à la femme » (*Institutes, II*, 5, règle 342).

(2) Boissonade : *Histoire des droits de l'époux survivant*, page 233.

(3) Coutumes de Paris (art. 248) et d'Orléans (art. 218).

(4) Coutumes de Normandie (art. 367), Bretagne (art. 455), Anjou (art. 299), Maine (art. 313) et Poitou (art. 256).

(5) Sauf dans les coutumes de Paris et d'Orléans, qui ont inspiré l'article 1465 du Code civil.

(6) V. Merlin : Rep. V° *Entravestissement*; Pothier, *Traité du préciput légal des nobles*, art. 2, n° 9.

successoraux des conjoints, de quelque nature qu'ils fussent. Mais un décret du 22 novembre-1er décembre 1790 (1) reconnaissait pourtant au conjoint survivant, nonobstant toute disposition contraire de la loi territoriale, un droit héréditaire en pleine propriété pour le cas où le prédécédé ne laissait aucun parent en ligne directe ou collatéral qui pût lui succéder.

II

C'est le principe que consacra le Code civil dont nous allons maintenant étudier les dispositions.

Le regard que nous venons de jeter en arrière nous fera nettement comprendre de combien il reculait.

« Tandis que la notion du mariage s'était de plus en plus épurée, que la conception des devoirs qui lient les époux entre eux était devenue de plus en plus précise, en ce qui concerne le droit de succession du conjoint survivant, qui rationnellement doit être plus considérable à mesure que la conception même du mariage s'élève davantage, le Code civil, reculant de plusieurs siècles, moins favorable au conjoint que ne l'étaient le droit de Justinien et notre ancien droit français, se bornait à reconnaître à son profit la vocation héréditaire, au rang où le préteur lui donnait la *bonorum possessio unde vir et uxor*, c'est-à-dire à

(1) V. le texte de ce décret, art. 4. Duvergier. Collection des lois, T. II, page 35.

l'avant-dernier rang, ne faisant passer après lui que le fisc » (1).

L'article 767, en effet, était ainsi conçu :

« *Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent au conjoint non divorcé qui lui survit* » (2).

Ainsi un collatéral du douzième degré était préféré à l'époux survivant et ce n'est qu'en cas de déshérence que, de préférence à l'État, le conjoint venait à l'hérédité !

L'injustice d'un semblable système se conçoit d'elle-même : ses inconvénients étaient d'autant plus considérables que l'on ne trouvait pas, dans le Code civil, de gains analogues au douaire. — La veuve en effet, comme droits légaux de survie, n'avait — et cela était encore considéré comme une insigne faveur ! — que le droit de garder ses linges et hardes, d'être habillée de deuil aux frais de la succession de son mari, d'être enfin logée et nourrie pendant trois mois et quarante jours, lorsqu'elle était commune en biens, pendant une année si elle était dotale.

Quels mobiles avaient pu conduire le législateur de 1803 à cette quasi-exhérédation? C'est ce qu'on s'est maintes fois demandé, c'est ce que nous allons essayer d'expliquer.

---

(1) Ramarony, *op. cit.* p. 104.

(2) Comme l'ont fait remarquer tous les auteurs, cette rédaction était encore inexacte, puisqu'il résultait des articles 765 et 766 que, si l'époux prédécédé était un enfant naturel, ses père et mère naturels ainsi que ses frères et sœurs naturels passaient avant son conjoint.

Deux principes nous semblent l'avoir guidé. Le premier, c'est le principe germanique de la conservation des biens dans les familles, c'est celui qui, en tête de notre droit coutumier, avait fait buriner avec une si grande force la maxime « *Paterna paternis, materna maternis.* » Le tribun Siméon n'avait-il pas dit, dans une précédente discussion, que « le conjoint survivant, quelque étroit que soit le lien l'unissant au défunt, appartient à une famille étrangère » ? De cette remarque, qui semble dominer la discussion, la conclusion, étant donné l'état des esprits, se présentait logique. Qui d'ailleurs eût parlé en faveur du conjoint survivant? Presque tous ceux qui avaient voté, avec la loi de nivôse an II, l'abolition des gains de survie, participaient en 1803 à la discussion du Code civil. Il semble donc naturel que le principe suivant lequel notre droit successoral devait être fondé sur la volonté présumée du défunt ait été, sur ce point particulier, totalement abandonné. Et pourtant, dans l'exposé des motifs du titre de successions, le législateur en affirmait la nécessité, lorsqu'il disait: « La loi doit prononcer comme le défunt eût prononcé lui-même au dernier instant de sa vie, s'il eût pu ou voulu s'expliquer. » Croit-on que consulté, le *de cujus* eût, en dressant son ordre successoral, attribué à son conjoint un rang inférieur à celui de ses collatéraux du douzième degré ?

La dérogation était donc absolue : elle saurait encore s'expliquer de deux façons. Le niveau égalitaire du Droit intermédiaire put, même en 1803, sembler un instrument appréciable : le système successoral de l'ancienne France, par les privilèges qu'il

avait créés, était en contradiction avec les nouveaux principes ; l'article 767 serait donc le résultat d'une réaction exagérée contre un droit suranné. D'autre part, les dispositions subséquentes du projet pouvaient sembler un palliatif suffisant à l'exhérédation presque absolue du conjoint. Contrairement aux traditions de l'ancienne jurisprudence, les époux avaient le droit de se faire librement des libéralités par donation entre vifs et par testament, et d'insérer dans leurs conventions matrimoniales des clauses comme le préciput et l'attribution au survivant de la totalité de la communauté. Le danger, puisque la sollicitude du conjoint pouvait remédier à ce que la loi successorale avait de trop absolu, devait donc sembler moindre au législateur.

Il n'en subsistait pas moins.

Trop souvent, en effet, l'homme est, de nos jours, absorbé complètement par sa tâche quotidienne ; s'il songe à l'avenir, c'est à un avenir prochain qu'un optimisme exagéré lui fait voir sous des couleurs riantes. La mort, peu de gens y songent sérieusement pour en envisager toutes les éventualités, et l'on ne compte plus ceux qu'un sot préjugé fait hésiter au moment d'écrire leurs dernières volontés. Ce soin, que doit prendre la loi, de pourvoir à ce que chacun eût dû lui-même édicter, c'est la raison d'être de notre droit successoral : c'est aussi la condamnation de l'article 767 du Code civil.

Cette disposition a, d'ailleurs, semblé tellement contraire à la saine raison que la plupart des auteurs ont affirmé que la situation créée par notre Code au conjoint survivant était le résultat d'une erreur com-

mise au Conseil d'État, le fait d'une omission involontaire (1).

Nous partageons l'avis de la minorité qui préfère conclure à l'application d'une théorie erronée (qu'expliquent dans une certaine mesure les principes que nous venons d'exposer) plutôt que d'accuser, avec M. Laurent, le législateur de 1803 d'avoir montré « une légèreté d'esprit inexcusable ».

III

Quelles qu'aient d'ailleurs été les raisons qui firent édicter l'article 767, sa révision apparut comme indispensable dès que la critique se permit de toucher au Code de 1803, considéré pendant longtemps comme intangible. Un puissant mouvement d'opinion, commencé par les littérateurs, continué par les juristes, se manifestait en faveur de la réforme de notre droit successoral relatif au conjoint survivant.

Nombreux étaient ceux qui commentaient ce passage bien connu de Labruyère qui, cent vingt ans avant le Code civil, écrivait : « Géronte meurt de caducité, sans avoir fait ce testament qu'il projetait depuis si longtemps. Dix têtes viennent partager *ab intestat* sa succession. Il ne vivait que par les soins d'Astérie, sa femme, jeune encore. Il ne lui laisse

---

(1) Demolombe, tome XIV, n° 176. Boissonade, *op. cit.*, p. 340. Delsol, *Exposé des motifs de sa proposition de loi de 1872*, Huc, tome V, n° 138, etc...

pas assez de biens pour pouvoir se passer, pour vivre, d'un autre vieillard (1). »

Des coups répétés furent portés à l'article 767, notamment par la *Revue critique* (2) et par les autres revues juridiques qui toutes publièrent des articles approfondis, signés par des jurisconsultes éminents, se déclarant tous partisans d'une réforme complète des droits du conjoint survivant.

Dès 1846, l'ouvrage de M. de Laboulaye sur *la Condition civile et politique des femmes* avait marqué le mouvement de réaction qui se manifestait dans l'opinion publique en faveur du conjoint survivant et notamment de l'épouse.

En 1849 M. Baurzat et plusieurs de ses collègues soumettaient à l'Assemblée législative une proposition tendant à rétablir dans notre législation la quarte du conjoint pauvre (3). Malgré les conclusions défavorables de la commission d'initiative parlementaire, cette proposition fut prise en considération et renvoyée à une commission spéciale dont le rapporteur fut M. Victor Lefranc. Appliquant le principe erroné suivant lequel la vocation héréditaire de l'époux doit être assise non sur sa qualité de conjoint mais sur

---

(1) Labruyère. *Les Caractères*, chap. XI.

(2) *Revue critique*, Batbie, 1864, p. 145 et suivantes. — Le Sénécal, 1868, p. 307 et suivantes. — Duvergey, 1871-1872, p. 185 et suivantes. — Bonnet, 1873-1874, p. 193 et suivantes. — Bazot, 1873-1874, p. 423 et suivantes. — Thézard, p. 389 et suivantes, etc...

(3) Voir le rapport de M. Victor Lefranc sur ce projet : *Moniteur universel*, 1851, p. 351. Les auteurs de la proposition étaient, outre M. Baurzat, MM. Bac, Durieu, Chouvy, Sage, Ceyras, Dani, et Aug. Clément.

son état d'indigence, la commission s'était ralliée au système de la reconnaissance, à celui des époux qui survivait, d'une créance alimentaire s'exerçant pendant tout le temps du veuvage sur la succession du prédécédé et garantie par le privilège de la séparation des patrimoines. Le taux de cette pension aurait varié suivant les besoins du conjoint survivant, sans pouvoir jamais excéder l'usufruit des biens composant la quotité disponible.

Le rapport de M. Victor Lefranc et les propositions de la commission ne purent être discutés par suite du coup d'État du Prince-Président et de la dissolution de l'Assemblée nationale.

Mais déjà, entrant en contradiction avec les dispositions du Code civil, le législateur avait montré son sentiment à l'égard de certaines veuves dans plusieurs lois spéciales. Leur étude présente, outre un intérêt historique évident, puisqu'elles sont comme autant de jalons indiquant la voie où allait s'engager résolument la loi du 9 mars 1891, un intérêt pratique, car, n'ayant pas été abrogées, elles subsistent entières (1). D'autre part certaines de ces dispositions ont été modifiées dans un sens favorable aux femmes par des lois récentes qu'il nous faut au moins citer.

Nous allons donc passer rapidement en revue les unes et les autres :

---

(1) Voir discours de M. Lacombe au Sénat, *Journal officiel* du 3 décembre 1890.

§ 1er. — *Droit des veuves aux pensions militaires et civiles.*

L'État, qui accorde à ses fonctionnaires civils et militaires, lorsqu'ils ne peuvent plus le servir, une pension proportionnelle à leurs traitements, reconnaissait, depuis la Révolution, au profit de leurs veuves, un droit identique et servait à celles-ci, sous certaines conditions, après la mort de leurs maris, une pension dont la quotité variait des deux tiers au quart de celle à laquelle ceux-ci auraient eu droit.

Les pensions militaires, que des lois récentes sont venues réglementer à nouveau, ont donné lieu à de très nombreuses dispositions législatives (1): le centre de la matière se trouve pourtant encore dans les lois des 11-14 avril 1831, pour les armées de terre, et 18 avril-11 mai de la même année, pour les armées de mer. L'article 19 de ces deux lois, calquées l'une sur l'autre, après avoir affirmé le droit des veuves d'officiers de terre ou de mer à une pension au cas où leur mari aurait été tué à l'ennemi ou en service commandé, leur accordait le même privilège lorsqu'il était mort *hors de France,* par suite d'une maladie contagieuse ou endémique contractée au service. Cette disposition, qui faisait une injuste différence entre la veuve de l'officier mort en France ou hors de France,

(1) V. lois des 26-28 avril 1855, 26 avril 1856, 25 juin 1861, 10 avril 1869, 18 août 1879, etc...

a été réformée par la loi du 15 avril 1885 dont l'article 1er exige uniquement que la maladie, dont est mort l'officier, ait été contractée au service, sans s'occuper du lieu du décès. Signalons encore, sans nous y arrêter, la loi du 11 avril 1881, organisant les pensions de demi-soldes pour les marins faisant partie de l'inscription maritime et qui accorde à leurs veuves la moitié de la pension attribuée au mari, sous la seule condition que la femme ait au moins 40 ans et qu'un ou plusieurs enfants soient nés du mariage.

Quant aux pensions civiles, elles étaient et sont encore réglementées par la loi du 9 juin 1853, dont l'article 13 exigeait, pour que les veuves des fonctionnaires pussent réclamer une pension, que leur mari eût obtenu une retraite ou qu'il eût trente ans de services accomplis et que le mariage eût été contracté six ans au moins avant la cessation de ses fonctions. Cet article a été modifié par la loi du 28 avril 1893, qui abaisse à vingt-cinq ans la durée du service du mari pour que sa veuve ait droit à une pension, en réduisant toutefois, dans ce cas, la quotité de celle-ci. Signalons encore la loi du 30 juillet 1881, accordant des indemnités aux victimes du 2 Décembre, et celle du 18 avril 1888, qui attribue des pensions viagères aux survivants des blessés de 1848, qui, toutes deux, donnent aux veuves des pensionnaires le droit à la moitié de la pension attribuée à leur mari.

Observons, pour terminer, que la veuve contre qui la séparation de corps a été prononcée et la femme divorcée n'ont aucun droit à une pension, soit civile, soit militaire.

M. Beauquier a, pendant le cours de la dernière

législature, déposé à la Chambre une proposition de loi tendant à supprimer cette injustice au cas où le divorce aurait été obtenu par la femme (1). Ce projet mériterait d'être repris.

§ 2. — *Droits sur la propriété littéraire et artistique.*

C'était surtout dans les lois relatives à la propriété littéraire et artistique que s'était manifesté le mouvement de réaction contre la rigueur du Code civil en matière de succession du conjoint.

Les diverses dispositions qui s'occupèrent de cette question commencèrent par reconnaître à la veuve seule et aux enfants de l'auteur le droit de profiter exclusivement, pendant un laps de temps déterminé, du produit de l'œuvre du *de cujus*.

C'est ainsi que le décret du 5 février 1810, dans son article 39, déclarait que « Le droit de propriété est garanti à l'auteur et à sa veuve, pendant leur vie, si les conventions matrimoniales de celle-ci lui en donnent le droit, et à leurs enfants pendant vingt ans (2). » Réduit à vingt ans par la loi du 3 août 1844 et fixé de

(1) Cette proposition de loi, qui nous avait échappé, nous a été signalée par Mme J. Oddo Deflou, présidente du *Groupe d'études féministes*.

(2) Il est à remarquer que le décret du 5 février 1810 ne s'appliquait qu'aux œuvres imprimées ou gravées ; c'est une loi du 3 août 1844 qui réglementa les droits sur les œuvres dramatiques. Voir pour toutes les questions relatives à la propriété littéraire et artistique : Lyon-Caen et Delalain, *Lois françaises et étrangères sur la propriété littéraire et artistique* (1889) et Fliniaux, *Législation et jurisprudence concernant la propriété littéraire, 2e édition*.

nouveau à vie par la loi du 8 avril 1854, le droit des veuves était un véritable droit de succession anomale, une dérogation très importante au système général de la dévolution successorale.

Il garda ce caractère exceptionnel dans la loi des 14-19 juillet 1866 qui réglemente actuellement la matière.

Nombreuses pourtant étaient les dérogations apportées par cette loi à la législation antérieure relative aux droits du conjoint sur les œuvres artistiques et littéraires.

C'est désormais le conjoint survivant, quel qu'il soit, et non plus seulement, comme autrefois, la veuve, qui conserve sur l'œuvre artistique ou littéraire un droit de jouissance ; ce droit n'est plus un droit viager comme celui qui avait été accordé à la veuve ; il a une durée fixe de cinquante ans : enfin, il est, dorénavant, indépendant du régime matrimonial des époux. Ajoutons, pour donner une idée générale de cette loi, que le droit qu'elle reconnaît au conjoint, est un véritable droit d'usufruit, réduit, en cas d'existence d'héritiers à réserve, à la quotité disponible, dont il peut être privé par une disposition testamentaire ou entre vifs du *de cujus*, et qui, enfin, disparaît en cas de séparation de corps (1) et de divorce.

Tel est le droit créé par la loi de 1866 en faveur du conjoint survivant; c'est, on le voit, un véritable droit héréditaire, sans aucune relation avec la législation successorale ordinaire.

---

(1) Le conjoint n'est, naturellement, privé de son droit qu'au cas où la séparation de corps a été prononcée contre lui.

§ 3. — *Droits sur les biens des déportés.*

La peine de mort, abolie en matière politique par la Constitution de 1848, fut remplacée par la déportation en vertu de la loi du 8 juin 1850; peine afflictive et perpétuelle, la déportation emporte pour le condamné, outre la dégradation civique et l'interdiction légale, sa transportation dans une colonie. Mais, humaine, la loi de 1850 autorise le conjoint du déporté à aller, aux frais de l'État, retrouver dans son lieu d'exil le condamné politique. Celle des 25-28 mars 1873 alla plus loin. Elle édicta, en faveur de la femme qui avait suivi son mari dans le lieu de déportation et qui y habitait avec lui, un droit successoral particulier sur son patrimoine colonial (1).

Ce droit a pour objet d'abord les concessions de terrain consenties au déporté par l'Administration pénitentiaire et devenues sa propriété par suite de non révocation pendant cinq années, ensuite tous les biens acquis par le condamné dans la colonie (2).

---

(1) Bien que, suivant la terminologie employée par M. Jules Favre dans la discussion de la loi, l'article 13 ait uniquement réglementé le droit de succession dont s'agit eu égard à la femme, les auteurs admettent pourtant unanimement que la loi du 25 mars 1873 serait également applicable au mari de la femme déportée.

(2) C'est là, on le voit, une importante dérogation au principe de l'article 732 du Code civil, la loi de 1873 tenant compte de la nature et de l'origine des biens pour en régler la dévolution.

Sa quotité varie suivant que le déporté laisse ou non des enfants légitimes : dans le premier cas la veuve hérite du tiers en usufruit de ses biens ; dans le second cas elle recueille la moitié en pleine propriété de l'hérédité coloniale.

Ce droit, bien supérieur à celui que devait plus tard reconnaître au conjoint survivant, dans des conditions normales, la loi du 9 mars 1891, est de plus, on l'a fort justement remarqué (1), presque l'équivalent d'une réserve ; le déporté, en effet, demeure incapable de disposer de ses biens à titre gratuit (2) si ce n'est en faveur de son conjoint survivant habitant avec lui (3).

Bien que dérogeant aux principes de notre droit successoral, les dispositions que nous venons de reproduire ne furent pas réservées aux seuls déportés politiques : le système adopté parut heureux, on l'étendit au delà des limites pour lesquelles il avait été conçu.

En effet, lorsqu'en 1885 on s'occupa de la relégation, on appliqua à cette matière nouvelle les règles les plus saillantes de la loi de 1873. L'article 18 de la loi organique du 27 mai 1885, voté presque à l'unanimité par la Chambre et le Sénat, décidait qu'un règlement d'administration publique déterminerait les droits de succession du conjoint survivant sur les biens qui auraient été attribués par voie de concession aux condamnés à la rélégation. Ce règlement se fit longtemps attendre : il parut enfin le 18 janvier 1895.

---

(1) Delpech, *op. cit.*, page 108.
(2) Loi du 31 mai 1854, art. 3, al. 1.
(3) Loi du 25 mars 1873, art. 16.

Son article 40, qui nous intéresse tout particulièrement, attribue à la veuve de tout individu transporté dans les colonies pénitentiaires, sur les concessions appartenant d'une façon définitive à son mari prédécédé, un droit de succession variable suivant qu'il existe ou n'existe pas d'enfants issus de leur mariage : dans le premier cas le droit successoral de la femme est de moitié en usufruit, dans le second il est de la pleine propriété de tous les biens concédés.

IV

Plusieurs lois très importantes avaient donc, postérieurement au Code civil et en contradiction avec les principes qui florissaient en 1803, accordé au conjoint survivant, et tout particulièrement à la femme veuve, un véritable droit héréditaire. Elles marquaient des triomphes passagers mais très réels de l'opinion publique sur la prétendue intangibilité de notre Droit.

S'associant au mouvement des esprits, qui s'était déjà, à l'étranger, traduit en dispositions législatives, l'Académie des sciences morales et politiques mettait, en 1871, au concours la question des droits de l'époux survivant. Ce fut M. Boissonade qui remporta le prix avec son remarquable mémoire sur « *la condition juridique de l'époux survivant au point de vue du droit de succession et des dispositions entre époux* ».

Plus qu'aucun autre peut-être le savant jurisconsulte contribua au triomphe de l'innovation qu'il réclamait, car c'est sous l'influence des ses idées que,

l'année suivante, en 1872, M. Delsol déposa sur le bureau de l'Assemblée nationale une proposition de loi attribuant à l'époux survivant l'usufruit de la moitié des biens de son conjoint prédécédé, pour le cas où il venait en concours avec des héritiers légitimes jusques et y compris le sixième degré et la pleine propriété de moitié des mêmes biens lorsqu'il n'existait que des parents dépassant le sixième degré. Sur la demande de M. Sacaze, député de la Haute-Garonne, l'Assemblée nationale décida de soumettre cette proposition à l'appréciation des grandes compagnies judiciaires et des Facultés de droit. L'enquête dura trois ans. Toutes les Facultés de droit sans exception et seize Cours d'appel sur vingt-six se déclarèrent favorables au principe de la réforme (1). Mais la Cour de cassation, plus fermement attachée aux traditions conservatrices, invita le législateur à ajourner ce qu'elle appelait une « grave innovation ».

La dissolution de l'Assemblée nationale, survenue sur ces entrefaites, ne permit pas la discussion des différents avis que l'on avait sollicités, mais M. Delsol lui-même fut frappé de quelques-unes des objections que sa proposition avait soulevées, et lorsqu'en 1877 il la reprit, devant le Sénat cette fois, il y introduisit de notables modifications : c'est ainsi que son

---

(1) Voir le Rapport de M. Humbert, au nom des Facultés de droit, 29 décembre 1875, — *Journal officiel*, 16 mars 1876, page 1842, — et celui de M. Sebert, au nom de la Cour de cassation et des Cours d'appel, 30 décembre 1875, — *Journal officiel* des 9, 10, 11, 12, 13 et 14 mars 1876 pages 1629, 1674, 1713, 1745, 1764, 1784 et 1842.

nouveau projet réduisait, dans tous les cas, à un simple droit d'usufruit le droit héréditaire du conjoint en concours avec des successibles. Votée à une majorité de 140 voix par le Sénat, transmise à la Chambre des députés une première fois le 5 novembre 1877, une deuxième fois le 19 novembre 1885, la proposition Delsol, quoique ayant fait l'objet d'un rapport de M. Jacques Piou, ne put être discutée à fond à cause de la survenance de la fin de la législature. Mais, transmise de nouveau à la Chambre, après son renouvellement intégral, le 25 novembre 1889, elle fut adoptée par cette Assemblée, sur un second rapport de M. J. Piou, après avoir obtenu la déclaration d'urgence, le 22 mars 1890. Les modifications qu'on lui avait fait subir nécessitèrent son renvoi au Sénat. Là, après une discussion à laquelle prirent part MM. Delsol, Demôle, Fallières, Griffe, Bozérian, Chovet, etc., etc..., les adversaires de la réforme ne se trouvèrent plus être, le 2 décembre 1890, au moment du vote, qu'une maigre douzaine. La Chambre adoptait définitivement à son tour, le 26 février suivant, cette loi qui était promulguée le 9 mars 1891.

En voici le texte :

« Article premier. — *L'article 767 du Code civil est ainsi modifié :*

« *Article 767.* — Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent en pleine propriété au conjoint non divorcé qui lui survit, et contre lequel il n'existe pas de jugement de séparation de

corps passé en force de chose jugée. Le conjoint survivant non divorcé, qui ne succède pas à la pleine propriété et contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée a, sur la succession du prédécédé, un droit d'usufruit qui est :

« D'un quart, si le défunt laisse un ou plusieurs enfants issus du mariage ;

« D'une part d'enfant légitime le moins prenant, sans qu'elle puisse excéder le quart, si le défunt a des enfants nés d'un précédent mariage ;

« De moitié dans tous les autres cas, quels que soient le nombre et la qualité des héritiers.

« Le calcul sera opéré sur une masse faite de tous les liens existant au décès du *de cujus*, auxquels seront réunis fictivement ceux dont il aurait disposé, soit par acte entre vifs, soit par acte testamentaire, au profit de successibles, sans dispense de rapport.

« Mais l'époux survivant ne pourra exercer son droit que sur les biens dont le prédécédé n'aura disposé ni par acte entre vifs, ni par acte testamentaire, et sans préjudicier aux droits de réserve ni aux droits de retour.

« Il cessera de l'exercer dans le cas où il aurait reçu du défunt des libéralités, même faites par préciput et hors part, dont le montant atteindrait celui des droits que la présente loi lui attribue, et, si ce montant était inférieur, il ne pourrait réclamer que le montant de son usufruit.

« Jusqu'au partage définitif, les héritiers peuvent exiger, moyennant sûretés suffisantes, que l'usufruit de l'époux survivant soit converti en une rente via-

gère équivalente. S'ils sont en désaccord, la conversion sera facultative pour les tribunaux.

« En cas de nouveau mariage, l'usufruit du conjoint cesse, s'il existe des descendants du défunt.

« Article 2. — *L'article 205 du Code civil est ainsi modifié :*

« *Article 205.* — Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou ascendants qui sont dans le besoin. La succession de l'époux prédécédé en doit, dans le même cas, à l'époux survivant. Le délai pour les réclamer est d'un an, à partir du décès, et se prolonge, en cas de partage, jusqu'à son achèvement.

« La pension alimentaire est prélevée sur l'hérédité. Elle est supportée par tous les héritiers, et, en cas d'insuffisance, par tous les légataires particuliers proportionnellement à leur émolument.

« Art. 3. — *La présente loi est applicable à toutes les colonies où le Code civil a été promulgué.* »

V

Notre intention n'est pas d'écrire une monographie complète sur la loi du 9 mars 1891 : de nombreux ouvrages, des opuscules plus nombreux encore, ont été publiés après le vote de cette loi ; des commentaires, des articles de revues sont venus, après coup, étudier les principales questions que le nouveau droit du conjoint survivant avait fait surgir dans la pratique. Nous nous bornerons donc à exposer rapidement quelles modifications la loi nouvelle faisait entrer dans notre législation et dans quelle mesure

elle répondait aux desiderata si fréquemment manifestés par la doctrine.

Et tout d'abord une remarque s'impose à la lecture du texte que nous venons de transcrire : on s'aperçoit de suite que le législateur de 1891 a conféré à l'époux survivant deux droits nettement distincts : un droit de succession d'une part et un droit de créance alimentaire de l'autre. Nous étudierons successivement, en deux paragraphes, d'abord le nouvel article 767, ensuite le nouvel article 205.

§ Ier. — Droit de succession

Avant d'étudier la nature et la quotité du droit de succession accordé au conjoint par la loi de 1891, il nous faut rechercher à quelles conditions l'époux survivant pourra succéder.

Ces conditions sont au nombre de trois : deux se trouvaient déjà, l'une implicitement, l'autre explicitement, contenues dans l'article 767 ancien du Code civil : c'est d'abord l'obligation pour le conjoint survivant d'être uni par un mariage valable au *de cujus ;* c'est ensuite la nécessité, pour ce mariage, de n'être pas dissous par un divorce passé en force de chose jugée, sans d'ailleurs que la loi distingue si le divorce a été prononcé au profit du survivant ou contre lui.

La troisième condition, introduite par le législateur de 1891 dans l'article 767, est basée sur cette idée que le droit successoral du conjoint repose sur l'affection présumée des époux l'un pour l'autre : le législateur a, en effet, décidé qu'au cas où un jugement autorisant la séparation de corps a été définitivement

prononcé contre l'un des époux, celui-ci est privé de tout droit à la succession de son conjoint, alors que, et cela est la justice même, l'époux, au profit duquel ce jugement a été rendu, reste en possession de son droit héréditaire.

Lorsque ces trois conditions : mariage valable, absence de divorce, inexistence d'un jugement de séparation de corps prononcé contre l'époux survivant, seront remplies, quel sera le droit successoral du conjoint ? C'est ce que nous allons maintenant examiner.

La loi de 1891 distingue suivant que l'époux prédécédé laisse ou ne laisse pas de parents au degré successible.

Dans la première hypothèse, c'est-à-dire à défaut de successeurs légitimes ou naturels, la succession de l'époux qui meurt le premier, appartiendra à son conjoint en pleine propriété, à l'exclusion de l'Etat. C'est la reproduction de l'ancien article 767 *in parte qua* (1). Fidèle au principe de la conservation des biens dans les familles, le législateur de 1891 ne donne au conjoint un droit en pleine propriété sur la succession du prédécédé qu'en cas d'inexistence de parents jusqu'au douzième degré : nous verrons plus tard ce que l'on peut penser de cette règle si absolue.

Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire en présence de successeurs du défunt, la loi de 1891 accorde à l'époux survivant un droit d'usufruit dont la quotité

(1) Pour cette raison il faut admettre, comme le faisaient avant 1891 la doctrine et la jurisprudence, que, malgré le silence de la loi, les pères et mères naturels et les frères et sœurs naturels de l'époux prédécédé excluent le conjoint.

change avec la qualité et parfois le nombre de ces héritiers :

1° S'il se trouve en concours avec des enfants du *de cujus*, le conjoint verra ses droits varier suivant qu'il s'agit d'enfants communs ou d'enfants issus d'un précédent mariage.

Dans le premier cas, quel que soit le nombre des enfants nés de son union avec le *de cujus*, le conjoint survivant a droit à l'usufruit du quart de sa succession. La quotité du droit de l'époux est ici fixe, contrairement au premier projet présenté par M. Delsol, qui faisait dépendre du nombre des enfants la part du conjoint qui, d'ailleurs, ne devait jamais être inférieure au quart en usufruit. Ce système avait été critiqué et, dans sa seconde proposition de loi, M. Delsol l'abandonna. — Il y a lieu aussi de faire remarquer que le nouvel article 767, parlant, dans l'hypothèse que nous examinons, d'enfants « issus du mariage », assimile, pour la fixation de la quotité de l'usufruit, les enfants naturels aux héritiers des autres ordres.

Dans le second cas, c'est-à-dire en présence d'enfants nés d'un précédent mariage, les droits du conjoint survivant sont moins élevés. — Empruntant, en effet, les dispositions de l'article 1098, qui détermine la quotité disponible entre époux au cas d'existence d'enfants d'un premier lit, l'article 767 nouveau dispose que, dans le cas analogue, le droit du conjoint survivant sera d'une part d'enfant légitime le moins prenant, sans qu'elle puisse excéder le quart. Le conjoint compte donc ici, lorsqu'il y a au moins trois enfants, comme un enfant de plus.

Au cas où il y aurait à la fois des enfants issus d'un mariage et des enfants d'un autre lit, la seconde règle s'appliquerait et la quotité de l'époux serait égale en usufruit à la part de l'enfant légitime le moins prenant et au maximum du quart : c'est la conclusion que l'on doit tirer des motifs qui ont fait édicter, par le législateur de 1891, cette différence en cas d'existence ou d'inexistence d'enfants d'un premier lit.

2° Si le conjoint se trouve en concours avec des héritiers autres que des enfants, son droit de succession est toujours invariable, quels que soient le nombre et la qualité de ses successibles : il reste de l'usufruit de moitié de la succession en présence d'ascendants, de frères et sœurs ou d'autres collatéraux, sans distinction de degré. Peut-être, à ce système, pourrait-on avec raison reprocher de ne tenir aucun compte des classes créées par notre législation successorale, lorsqu'elle règle les droits héréditaires de chacun : en tout cas on est obligé d'avouer qu'à défaut d'autre mérite il y a au moins celui de la simplicité.

Après avoir examiné quelle est, dans les différents cas, la nature, puis la quotité du droit de succession de l'époux survivant, il nous faut maintenant montrer comment se forment la masse sur laquelle se calcule et la masse sur laquelle s'exerce son droit d'usufruit. Cette distinction des biens en deux masses n'existait pas dans le premier projet de M. Delsol. En effet, la proposition adoptée en 1877 par le Sénat ne tenait compte, pour fixer l'importance de l'usufruit du

conjoint et en même temps pour en déterminer l'objet, que des biens existant au décès dans la succession de l'époux prédécédé. Au contraire — et par réaction — la Chambre adopta un système suivant lequel la masse des biens sur laquelle s'effectuait le calcul de l'usufruit du conjoint devait comprendre tous les biens donnés aux successibles, à l'exception seulement de ceux attribués par préciput ou avec dispense de rapport et de ceux donnés à des étrangers. Combattu au Sénat, le projet voté par la Chambre fut remplacé par une solution mixte empruntant, comme le disait fort bien M. Delsol, « au projet de la Chambre cette idée que les biens donnés ou légués par le *de cujus* à un ou plusieurs de ses successibles sans la cause de préciput, doivent entrer en compte pour le calcul de l'usufruit du conjoint survivant, et au projet du Sénat cette autre idée que cet usufruit ne pourra, en fait, s'exercer que sur les biens existant dans la succession. En d'autres termes l'usufruit doit être calculé comme dans le projet de la Chambre et appliqué comme dans celui du Sénat (1). »

De la combinaison de ces deux idées est résulté le système de la loi de 1891 qui exige la réunion, aux meubles et immeubles dont le défunt n'a pas disposé, de tous les biens qui ont été donnés ou légués par lui, sans clause préciputaire, aux hérétiers. C'est sur la masse ainsi formée que se calcule le montant de

---

(1) Rapport de M. Delsol : Dépôt 11 novembre 1890, *Journal officiel* du 12, *Débats parlementaires*, p. 1021. *Documents parlementaires*, février 1891, ann. n. 7, p. 10.

l'usufruit auquel le conjoint survivant a droit. Mais le rapport exigé n'est que fictif et consiste uniquement en une opération de calcul : la valeur des biens donnés entre bien en ligne de compte pour déterminer le montant de l'usufruit, mais les biens eux-mêmes ne sont pas soumis à l'exercice de cet usufruit. Ajoutons toutefois que, par une juste réciprocité, les successibles ne pourront pas exercer leur droit sur les biens encore existants dans la succession tant que l'époux n'aura pas prélevé son droit d'usufruit.

Le droit ainsi accordé au conjoint et dont nous connaissons maintenant la nature, la quotité et le calcul, subit des restrictions que nous allons examiner.

Elles sont au nombre de trois :

1° L'époux survivant, dit l'alinéa 7 de l'article 767, exercera son droit d'usufruit « *sans préjudicier aux droits de réserve* ». Les héritiers réservataires viendront donc à la succession du *de cujus* dans la mesure de leur droit, avant le conjoint. De même que les biens soumis au rapport, ceux grevés d'une réserve devront être compris dans le calcul de la quotité du survivant, mais jamais ils ne pourront servir à couvrir le conjoint de ses droits, la quotité disponible seule pouvant recevoir cette destination. En l'absence d'une distinction, tous les réservataires sans exception : enfants légitimes, naturels ou adoptifs et ascendants, pourront invoquer cette restriction. Il y a d'ailleurs lieu d'observer que pour qu'elle trouve son application il faut que l'époux prédécédé ait disposé de partie de la quotité disponible. Dans ce cas son conjoint ne pourra exercer son droit d'usufruit que sur

le surplus de cette quotité et si le *de cujus* en a disposé en totalité, le survivant ne pourra plus rien réclamer à la succession, sauf à faire valoir ses droits à une pension alimentaire ainsi qu'on le verra ci-après (1).

2° L'époux survivant, en exerçant son droit d'usufruit, ne doit pas non plus « préjudicier au droit de retour ». Conçue en termes généraux, cette restriction s'appliquerait aussi bien au droit de retour légal qu'au droit de retour conventionnel, même si M. Jacques Piou, dans le rapport qu'il présenta à la Chambre des Députés, n'avait explicitement exposé que le projet de loi ne porterait atteinte ni aux articles 351 et 352 ni aux articles 747 et 766 du Code civil. Mais une question se pose, sujette à discussion, c'est celle de savoir si, libérés de l'usufruit du conjoint survivant, les biens grevés d'un droit de retour ne doivent pas au moins entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit du calcul de la quotité de l'usufruit. On admet généralement la négative lorsqu'il s'agit du retour conventionnel qui s'exerce en vertu d'une clause résolutoire formellement convenue entre les parties et non pas *jure hereditario*. La solution varie pour le retour légal suivant qu'on admet ou qu'on rejette les décisions de la jurisprudence qui considère la succession

(1) Les rapports de la loi de 1891 avec la réserve ont donné lieu à de nombreuses discussions qu'on trouvera exposées dans les ouvrages spéciaux. Voir notamment Huc : *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. V, n° 130 ; Floucaud-Penardille, *Des droits de l'époux survivant*, n° 125 ; Gerbault et Dubourg, *Code des droits successoraux des époux*, n° 96 ; Brugairolles, *Des droits de l'époux survivant*, page 226.

ordinaire et la succession anomale comme deux hérédités bien distinctes et tout à fait indépendantes (1).

3° Enfin, la troisième restriction imposée au conjoint consiste dans l'interdiction de cumuler les avantages que lui a faits l'époux prédécédé, soit par donations entre vifs soit par testament, avec la part qui lui revient dans la succession en qualité d'héritier *ab intestat*. Il conserve uniquement, en cas de libéralités préexistantes, la faculté de les faire compléter lorsqu'elles sont insuffisantes pour le remplir de ses droits. Cette restriction, d'ailleurs, n'est que l'application à un cas particulier de la grande règle des rapports, car l'imputation imposée au conjoint peut parfaitement être assimilée à un rapport en moins prenant. On conçoit facilement cette obligation : le motif de la loi, qui est surtout de mettre le survivant à l'abri du besoin, n'existe plus en effet lorsque l'époux prédécédé a lui-même pourvu au sort de son conjoint. Peu importe également et pour cette même raison que les libéralités aient été faites par préciput et hors part : la loi juge inutile de venir au secours du survivant qui, grâce aux libéralités du *de cujus*, a déjà et par avance reçu ce que la loi reconnaît devoir lui revenir (2). D'ailleurs il faut observer que les libéralités reçues par le survivant devant seules

---

(1) Voir les ouvrages cités à la précédente note et CHARDENET, *Des droits de succession accordés par la loi au conjoint survivant* ; JOSSERAND, *Des successions entre époux*, etc...

(2) Voir les questions soulevées par l'équivalence des libéralités faites en pleine ou en nue-propriété avec l'usufruit de l'article 767, *op. cit.*

diminuer son droit d'usufruit, on ne saurait étendre cette restriction aux avantages résultant pour le conjoint de ses conventions matrimoniales que la loi ne considère pas comme des libéralités (article 1525 du Code civil) (1).

Le droit reconnu par la loi du 9 mars 1891 au conjoint survivant peut, dans certains cas, être une fort lourde charge pour les héritiers, les biens grevés d'usufruit devant, si l'usufruitier est jeune encore, rester longtemps immobilisés entre leurs mains. Pour remédier à cet inconvénient, le législateur a autorisé les successibles à demander, sous certaines conditions, la conversion en rente viagère de l'usufruit du conjoint.

La loi de 1891, en adoptant cette manière de faire, a eu uniquement en vue l'intérêt des héritiers : eux seuls donc (2), — c'est ce que décide d'ailleurs l'alinéa 9 de l'article 767 — pourront réclamer cette conversion. Le conjoint survivant n'aurait pas ce droit.

D'autre part, le privilège de faire transformer en une rente viagère l'usufruit du conjoint est absolu pour les héritiers qui peuvent exiger la conversion sans que le tribunal puisse la refuser : ce n'est qu'en cas de désaccord, entre les successibles, que les juges reprendront leur libre arbitre et qu'ils pourront accorder ou refuser la conversion.

Il existe un cas pourtant où les héritiers ne peuvent exercer le droit que leur concède l'alinéa 9 de l'ar-

---

(1) D'ailleurs cela a été très expliciiement reconnu au Sénat le 21 novembre 1890 pendant la discussion de la loi (*Journal officiel* du 22).

(2) Et leurs ayants cause naturellement.

ticle 767, c'est lorsqu'il leur a été retiré par le *de cujus* lui-même, soit de son vivant par acte notarié, soit par son testament: institué dans l'intérêt exclusif des héritiers, le droit de conversion n'a pas un caractère d'ordre public et peut leur être enlevé par une disposition expresse du *de cujus*.

Pour pouvoir exiger la conversion, les héritiers doivent d'ailleurs remplir certaines conditions : il faut tout d'abord qu'ils agissent dans les délais nécessaires, avant que les droits respectifs du conjoint et des successibles aient été entièrement liquidés, c'est-à-dire avant qu'intervienne, entre eux, un partage définitif; ce que la loi veut, c'est que les droits du conjoint ne restent pas indéfiniment en suspens, c'est que les héritiers prennent, dans un délai relativement court, une décision sur le point de savoir s'ils exerceront ou n'exerceront pas leur droit de conversion et que leur choix une fois fait, il soit définitif et immuable.

Les successibles, ensuite, doivent fournir des sûretés suffisantes pour garantir le paiement des arrérages de la rente viagère. Il ne faut pas, en effet, que le conjoint puisse souffrir de la substitution réclamée par les héritiers. La loi n'ayant pas déterminé la nature des garanties que ceux-ci doivent donner, c'est aux parties à s'entendre sur ce point. En cas de désaccord, c'est le tribunal civil qui appréciera si les sûretés offertes par les successibles sont sérieuses. Elles consisteront en une affectation hypothécaire, un contrat d'assurance, un nantissement, un versement à la Caisse des dépôts et consignations, ou encore, le plus fréquemment, en un achat de rente sur l'État,

dont les titres seront immatriculés au nom du conjoint pour l'usufruit et des héritiers pour la nue-propriété.

C'est le tribunal aussi qui, en cas de désaccord, fixera le montant de la rente à servir au conjoint. Celle-ci devra être « équivalente » à l'usufruit qu'elle remplace, c'est-à-dire que ses arrérages devront être sensiblement égaux aux revenus nets des biens dont le survivant eût eu l'usufruit. Il suffit, d'ailleurs, que cette équivalence existe à l'époque de la conversion, la rente viagère devant rester fixe et ne pas ressentir le contre-coup des variations de valeur ou de revenu des biens primitivement soumis à l'usufruit.

Une question très importante, tant au point de vue civil qu'au point de vue fiscal, est celle de savoir si la conversion de l'usufruit du conjoint en rente viagère produit les effets d'une cession ou si elle doit être considérée comme une résolution : sans entrer dans des détails qui ne seraient pas à leur place dans une étude rapide comme celle-ci, bornons-nous à dire que presque tous les commentateurs de la loi nouvelle (1) et la jurisprudence (2) sont d'accord pour, en appliquant le principe de l'effet déclaratif du partage et celui de la rétroactivité des options, assimiler la conversion à une résolution.

---

(1) V. Huc, *op. cit.*, t. III, n° 138. — Baudry et Wahl, *op. cit.*, n° 871. — Gerbault et Dubourg, *op. cit.*, p. 300 et suivantes. — Chardenet, *op. cit.*, p. 117 et suivantes. — Josserand, *op. cit.*, p. 249, etc.

(2) V. notamment un jugement du tribunal de Mayenne du 5 décembre 1894, rapporté dans la *Revue du Notariat*, 1895, p. 123.

Mais que l'usufruit du conjoint survivant subsiste plein et entier, ou qu'il ait été converti en une rente viagère, il est soumis, en vertu du dernier alinéa de l'article 767, à une cause spéciale de déchéance. Il cesse en effet *en cas de nouveau mariage s'il existe des descendants du défunt.* Le législateur de 1891, guidé une fois de plus par le principe du maintien des biens dans les familles, n'a pas voulu que les enfants issus d'un premier mariage fussent privés, au profit d'étrangers, d'une partie des revenus du patrimoine de leur auteur. Dans le projet primitif de M. Delsol, l'époux survivant était déclaré déchu de son droit de succession par le fait seul de son convol. Cette disposition parut à bon droit trop sévère et on la remplaça par celle que nous venons d'examiner, qui permet au conjoint de conserver son usufruit, en cas de remariage, s'il n'est pas né d'enfants de la première union, ou si ceux qui en sont nés sont morts antérieurement ou postérieurement au décès de l'époux prédécédé, mais avant le nouveau mariage du conjoint.

Il nous reste encore, pour en avoir fini avec le droit de succession du conjoint, à examiner à quel titre il succède et quelles sont ses obligations.

Des débats parlementaires et notamment du rapport de M. Delsol au Sénat (1), il résulte qu'en recueillant son usufruit, l'époux survivant ne prend

(1) Séance du 14 novembre 1890, *Journal officiel* du 15 novembre, p. 1031. Ce passage du rapport de M. Delsol est très important, car il mêt à néant les affirmations de quelques auteurs prétendant que l'époux survivant exerce toujours un véritable droit héréditaire.

pas place parmi les héritiers légitimes; il exerce un droit simplement successoral et non pas un droit héréditaire. Il faut en conclure qu'il n'a pas la saisine et qu'il doit — suivant qu'il existe ou n'existe pas de successibles — demander, soit la délivrance volontaire ou judiciaire, soit l'envoi en possession (1); on peut également affirmer qu'il est tenu de faire dresser inventaire et donner caution comme tout usufruitier (Art. 600 et 601 du Code civil), et généralement de toutes les obligations qui incombent à la fois aux successeurs irréguliers et aux usufruitiers, — à moins toutefois qu'il n'ait été dispensé de toutes ou de certaines de ces formalités par une disposition du *de cujus*.

De ce fait que l'époux survivant n'est qu'un successeur irrégulier, nous devons tirer quelques conséquences relatives à la contribution aux dettes de ce conjoint. Il y a d'abord un cas pour lequel tout le monde est d'accord : c'est celui où le survivant est appelé à recueillir l'universalité de la succession de son époux prédécédé par suite d'inexistence d'héritiers : on applique ici au point de vue du paiement des dettes les principes courants et l'on décide unanimement que les obligations du conjoint sont les mêmes que celles de tous les successeurs irréguliers. Mais les dissentiments surgissent lorsque le survivant n'a droit qu'à un usufruit. Nous pensons pour notre part que le législateur de 1891 n'ayant

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.* T. I. n° 889 et 890; Bouvier-Bangillon, *op. cit.* p. 237; Lamache, *Revue du notariat*, 1891, p. 807.

pas dérogé au droit commun, il y a lieu d'appliquer au conjoint les articles 610 à 612 du Code civil, c'est-à-dire qu'il faut décider qu'il ne sera jamais tenu que des intérêts des dettes et des legs d'usufruit et que les créanciers du *de cujus* ne pourront jamais exiger, de l'époux survivant, le paiement de tout ou partie du capital de leurs créances (1).

§ II. — Droit de créance alimentaire

Après avoir créé au profit du conjoint un droit de succession, le législateur de 1891, — considérant le cas où l'usufruit concédé serait insuffisant pour permettre au survivant de vivre, soit que le *de cujus* ait laissé une fortune modique, soit qu'il ait disposé, par donation entre vifs ou par testament, de la plupart de ses biens, — a complété la réforme en attribuant au conjoint un droit de créance alimentaire qui se cumule avec l'usufruit ou le remplace quand il ne peut s'exercer.

Il est arrivé à ce résultat en ajoutant, à la liste des personnes qui, en vertu de l'article 205 du Code civil, avaient droit à une pension alimentaire, l'époux survivant, qui devient ainsi, en cas de nécessité,

---

(1) V. Huc, *op. cit.*, t. 5, n° 134 ; Bouvier-Bangillon, *op. cit.*, p. 153, et, avant tout, le passage suivant du discours de M. J. Piou, rapporteur de la loi à la Chambre : « C'est à l'article 612 que la loi se réfère, sans avoir besoin de le déclarer expressément, car il édicte le principe général en matière d'usufruit.» (*Journal officiel* du 27 février 1891, p. 449). — *Contrat* : Taudière, *Revue critique*, 1892, p. 468.

créancier alimentaire de la succession de son conjoint prédécédé.

Il y a donc une grande différence entre le droit de l'article 767 qui est un droit successoral et celui de l'article 205 qui est un droit de créance. De plus il faut immédiatement remarquer que la pension alimentaire ainsi créée n'est pas une dette incombant personnellement aux héritiers du *de cujus*, mais une charge de sa succession. Plusieurs conséquences découlent de ce principe :

Tout d'abord la fixation de l'importance de la pension sera absolument indépendante de la fortune personnelle des héritiers du mari. C'est la force de la succession que l'on devra considérer lorsqu'on voudra appliquer l'article 208 du Code civil qui décide que « *les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit* ». De plus le chiffre de la pension, une fois fixé, ne pourra jamais être augmenté, il ne saurait en effet qu'être diminué, le premier terme de l'article 209, qui envisage la diminution des ressources du débiteur d'aliments, n'étant pas applicable à notre hypothèse ; mais, en vertu du même article, la décharge totale pourra être obtenue par les héritiers s'ils prouvent que le conjoint survivant est dans une position de fortune telle qu'il n'a plus besoin d'aliments.

De cette impersonnalité de la dette alimentaire, on doit encore tirer deux autres conséqences : c'est, tout d'abord, que les héritiers peuvent s'affranchir de la charge qui leur incombe en renonçant à la succession ; c'est ensuite que cette obligation n'est imposée

qu'aux successeurs universels, ainsi que la loi le dit pour les légataires à titre particulier, qui viennent seulement après les héritiers et en cas d'insuffisance de la succession *ab intestat*.

Du caractère de la pension alimentaire, basée sur la persistance du devoir d'assistance de l'époux prédécédé envers son conjoint, résulte l'impossibilité pour le *de cujus* d'enlever au survivant son droit de créance alimentaire. Le prédécédé ne pourrait donc pas, par une disposition formelle ou déguisée, dispenser sa succession, et même un de ses héritiers, de l'obligation de servir une pension à son conjoint. Il a uniquement la faculté d'ordonner que tel de ses successibles sera tenu en dernier lieu seulement de son paiement.

Droit de créance sur la succession, la pension alimentaire ne doit pas pourtant être considérée comme donnant toujours au conjoint les mêmes droits qu'à un créancier ordinaire; c'est ainsi qu'en cas de concours entre les créanciers de la succession et le conjoint survivant, celui-ci ne viendra pas au marc le franc mais en dernier lieu: on appliquera ici la règle « *Non sunt bona nisi deducto ære alieno.* »

Le délai imparti au conjoint pour réclamer la pension est d'une année après le décès du *de cujus*; toutefois si, pendant cette période, le partage définitif n'a pas eu lieu, le délai sera prolongé jusqu'à l'achèvement de cet acte.

Pour exercer le droit de l'article 205, il faut la qualité de conjoint: il ne saurait donc y avoir de doute sur le point de savoir si un époux divorcé en vertu d'un jugement définitivement rendu avant la mort de

son ex-conjoint pourra demander une pension alimentaire aux héritiers de celui-ci. Mais, au contraire, la question est discutée de savoir si la créance alimentaire subsiste en cas de séparation de corps. La négative est soutenue par un certain nombre d'auteurs.

Pour nous, nous en tenant au texte de l'article 205 qui ne contient aucune déchéance semblable à celle édictée, pour le cas de séparation de corps, par l'article 767, nous penchons pour l'affirmative; la même raison nous fait admettre, contrairement à un parti important de la doctrine (1), que l'époux survivant a le droit de se faire payer la pension qui lui a été allouée même après qu'il s'est remarié. Pour soutenir l'opinion contraire, on se base sur le caractère même de la dette alimentaire et sur l'impossibilité où l'on est d'apprécier sérieusement les besoins personnels de l'époux survivant après son convol. Ces deux arguments ne nous semblent pas suffisants pour autoriser une dérogation aux principes de stricte interprétation aussi grave que celle à laquelle on serait conduit en introduisant, par analogie, dans un texte, une disposition qui ne s'y trouve pas. Tout ce que nous pouvons admettre c'est que si le nouveau mariage donne au conjoint survivant des ressources telles qu'il n'ait plus besoin de pension alimentaire, celle-ci cessera sur la demande que, s'appuyant sur l'article 209 du Code civil, les héritiers du *de cujus* adresseront au tribunal.

---

(1) Voir: *Répertoire du Notariat*, 1891, p. 72; LAMACHE, *Commentaire de la loi du 9 mars 1891*, *Bulletin-Commentaire des lois nouvelles*, juin 1895, p. 256. — *Contrat*: BOUVIER-BANGILLON, *op. cit.*, p. 340; RAMARONY, *op. cit.*, p. 140.

Une dernière question nous reste à examiner : c'est celle de savoir si les héritiers seront tenus de garantir le service de la pension alimentaire par des sûretés comme celles qu'ils sont obligés de fournir lorsqu'il s'agit de l'usufruit du conjoint. Nous pensons qu'en présence du silence de la loi il y a lieu d'appliquer les principes et d'autoriser uniquement l'époux survivant à se prévaloir, pour sauvegarder ses droits, du privilège de la séparation des patrimoines.

VI

Les auteurs de la loi de 1891 ont affirmé que « jamais réforme n'a été plus longuement élaborée, plus profondément étudiée, et n'est arrivée à un plus haut degré de maturité ».

Les commentateurs, quelques-uns d'entre eux au moins, ne furent pas pour cette loi aussi délibérément paternels.

A notre tour il nous faut la juger : nous essayerons de le faire avec mesure, en nous souvenant des difficultés qu'il fallait vaincre, des scrupules qu'il fallait ménager, des principes qu'il fallait respecter pour faire accepter par une représentation démocratique quelques-unes des idées qui, depuis longtemps, avaient été accueillies par les pays les plus monarchiques.

Et, tout d'abord, il est certain que la loi du 9 mars 1891 réalise dans notre Droit un progrès. C'est qu'aussi, nous l'avons vu, la situation faite au conjoint survivant par le Code civil était des plus précaires et

nécessitait, au gré de tous les jurisconsultes, une réforme. Celle-ci a-t-elle été ce qu'elle devait être? donne-t-elle pleine satisfaction aux désirs de la majorité? répond-elle à notre conception actuelle de la famille et de la société? C'est ce que nous allons examiner.

Nous donnerons tout d'abord notre adhésion au système instauré par la loi nouvelle lorsque le conjoint survivant se trouve en concours avec des enfants issus du mariage. Il nous semble absolument rationnel que, dans ce cas, son droit se trouve réduit à un usufruit. La fixation de la quotité importe peu et nous n'attachons pas à sa discussion l'intérêt que certains auteurs y ont apporté. Que la part du conjoint soit égale à une part d'enfant ou qu'elle reste invariable quel que soit le nombre des descendants, la chose importe peu au point de vue des principes qui exigent seulement que la nue-propriété au moins des biens de l'époux prédécédé aille où allait directement son affection : à ses enfants.

Mais si nous trouvons que le législateur, en 1891, a su, en présence de descendants du *de cujus*, fort justement harmoniser le principe de la conservation des biens dans les familles avec celui du respect de la volonté présumée du défunt, nous nous refusons à approuver son œuvre lorsqu'il règle la dévolution de la succession du *de cujus* laissant à côté du conjoint survivant de simples collatéraux. Ici, à notre sens, il y a manque d'harmonie et anachronisme. Notre état social actuel a en effet modifié complètement l'idée de famille telle que la concevaient nos ancêtres : en dehors de ceux que si exactement on appelle nos « proches »

et sur lesquels s'est reportée notre affection, plus profonde d'être moins disséminée, on ne peut plus dire réellement que nous avons une famille, c'est-à-dire une réunion de parents éloignés auxquels nous attachent de véritables liens soit d'affection soit de communes traditions.

La solidarité, vertu moderne, a élargi les limites étroites du cercle formé par ceux qui, dans l'éloignement des siècles, ont un auteur commun. La tradition nobiliaire de la famille est morte : ce n'est pas le peuple et la bourgeoisie seuls qui l'ont tuée. Qu'on le regrette ou qu'on y applaudisse le résultat est certain, et personne, à l'heure actuelle, n'oserait prétendre que, consulté, le mari préférerait, en raison d'une utilité sociale qui n'existe plus, faire passer les biens composant son patrimoine à des parents du douzième, voire du sixième ou septième degré, de préférence à sa femme.

Le législateur de 1891 a donc obéi à des considérations incontestablement vieillies en se refusant à donner au conjoint survivant un rang meilleur de successibilité ou en ne le faisant pas concourir avec les collatéraux, au delà d'un certain degré, pour la pleine propriété.

Ce n'est pas que les propositions de loi lui manquèrent pour affirmer son désir de réforme. Le projet de M. Delsol, déjà, décidait que, dans le cas où le conjoint viendrait en concurrence avec des parents au delà du sixième degré, il succéderait à la moitié des biens. Cela eût été juste et équitable. On abandonna ce système et la consanguinité l'emporta une fois encore.

Et pourtant les exemples étaient nombreux de lé-

gislations étrangères accordant au conjoint survivant une part en propriété, lorque le *de cujus* ne laisse pas de parents au delà d'un certain degré. En Italie, l'époux qui survit succède à son conjoint prédécédé, à l'exclusion des parents du sixième degré (1) ; en Espagne, il prime les parents du quatrième (2) ; au Mexique (3), dans le grand-duché d'Oldenbourg (4), il passe avant tous les collatéraux autres que les frères et sœurs ou descendants d'eux. Certaines législations même, comme la loi du duché de Brunswick et le Code civil allemand (5), accordent au conjoint survivant la moitié de l'hérédité lorsqu'il se trouve en concours avec les père et mère du *de cujus* et leurs descendants et le préfèrent à tous autres parents de la troisième ligne. Enfin, la loi anglaise (6), tout au moins quand il s'agit de la succession mobi-

---

(1) *Code civil Italien,* 1865, art. 753. V. aussi Huc et Orsier. *Le Code civil Italien,* 1868, t. II, p. 172.

(2) *Code civil Espagnol,* art. 952, trad. Levé, p. 170.

(3) *Mexique,* du Baret de Liné, p. 278.

(4) Loi du 24 avril 1872. *Ann. de législ. étrangère,* t. III. p. 160.

(5) V. J. Drioux. *Étude sur le droit successoral dans le projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne,* nº 94, *Bull. Soc. lég. comp.,* années 1889-1890, p. 658-659.

(6) *Intestates, Estates act,* 1890, 53 and 54 Vict., c. 29. Cette loi, qui date du 25 juillet 1890, et a été mise en vigueur le 1er septembre suivant, donne à la veuve non séparée, ne venant pas en concours avec des descendants, la totalité, en pleine propriété et jusqu'à concurrence de 500 livres sterling, des biens du mari, sans préjudice de ses droits dans le surplus desdits biens. Quant au mari, après comme avant le *Married Women's property act* de 1882, il hérite de tous les biens meubles de sa femme.

lière, lui fait primer les ascendants eux-mêmes. S'agit-il de l'objet des droits conférés au conjoint ? une grande diversité règne dans les différentes législations, mais toutes, à deux ou trois exceptions près, sont plus favorables à l'époux survivant que la loi française de 1891. L'Angleterre, le Danemark, la Norvège, la Russie, la Turquie, la Roumanie, les cantons de Berne, Glaris et Appenzell, la République Argentine, le Code civil allemand (1) lui attribuent, en présence de successibles de tous ordres, un droit en pleine propriété. L'Autriche, l'Italie, les cantons de Genève, Lucerne, Neufchâtel, Vaud, Soleure, du Valais et du Tessin; en Amérique, Ohio et Maryland, Vermont et Georgio, comme le projet de Code civil Belge (2), réduisent le droit du conjoint à un usufruit lorsqu'il se trouve en concours avec des enfants, mais lui accordent toujours, s'il vient avec d'autres successibles, un droit héréditaire en pleine propriété.

Nos législateurs ne voulurent pas, ou ne surent pas suivre le mouvement qu'avait créé, dans tous les pays d'Europe, une notion moins individualiste et moins archaïque de la propriété : ils ne comprirent

---

(1) Danemark, *Danske lov*, 1683. — Norvège, *Norsk lov*, 1687. — Russie, *Svod*, art. 967. V. Lehr, *Éléments de droit civil russe*, nº 473-475 et suivants. — Allemagne, Drioux, *op. cit.*, p. 658 et 660.

(2) *Code civil Autrichien*, art. 757. — *Code civil Italien*, art. 753. V. Huc et Orsier, *op. cit.* — Genève : *Loi du 5 septembre 1874*, modifiant l'article 765 du Code civil. — Lucerne : *Code civil* du canton, art. 767. — Tessin : *Code civil* du canton, art. 690 à 692. — Laurent. *Projet de Code civil Belge*, t. III, p. 332.

peut-être pas que donner au conjoint une plus large part dans la succession de son époux prédécédé, c'est favoriser le mariage, c'est faire une loi juridiquement excellente et socialement meilleure encore.

La fidélité a des principes vieillis, purement traditionnels, qui ne répondant plus à aucun besoin, à aucune aspiration des esprits, ne sauraient d'ailleurs se perpétuer. Le législateur de 1891, ancré dans sa manière de voir, n'arrêta pas longtemps le mouvement des esprits. La loi du 25 mars 1896, en effet, fit fortement fléchir en faveur des enfants naturels les droits des héritiers « légitimes ». Il ne nous semble pas que, de ce fait, notre Droit soit plus imparfait et moins humain.

Est-ce à dire qu'il faille regretter l'œuvre accomplie en 1891 ? En aucune façon. La réforme introduite dans notre Code, pour timide qu'elle soit, n'en marque pas moins un pas en avant.

Le législateur de l'avenir fera le reste.

CHAPITRE V

DROITS DE LA FEMME SÉPARÉE DE CORPS

I

La femme séparée de corps avait été, par le législateur de 1803, maintenue dans un état presque absolu d'incapacité.

Assimilée complètement au point de vue de ses droits personnels à la femme mariée, avec cette seule différence qu'elle n'était plus tenue du devoir de cohabitation, elle avait, au point de vue de ses intérêts pécuniaires, la même situation que l'épouse séparée de biens.

Comme celle-ci, la femme séparée de corps ne pouvait exercer sur ses biens personnels qu'un simple droit d'administration. Louer ses immeubles mais pour une durée ne dépassant pas 9 ans, toucher ses revenus, recevoir le remboursement de ses capitaux mobiliers, disposer de ses meubles mais uniquement pour un besoin d'administration, s'obliger mais seulement dans la limite des pouvoirs d'un administra-

teur, voilà les seuls droits qu'elle avait sur son patrimoine. Et encore la doctrine et la jurisprudence n'étaient-elles pas d'accord lorsqu'il s'agissait de déterminer les limites du maigre domaine que lui réservait ainsi le Code civil.

L'article 1449 est en effet trop vague et laisse à l'interprétation une marge trop large. Aussi la femme séparée de corps voyait-elle ses droits tantôt arbitrairement restreints, tantôt plus largement étendus, suivant la conception que le juge se faisait du droit de « libre administration ». Devant ce manque d'unité, les tiers hésitaient à contracter avec la femme, ne sachant pas toujours si elle avait le droit de passer l'acte qui eût été nécessaire ou de prendre les engagements qu'il fallait exiger d'elle : presque toujours, pour se tirer d'inquiétude, ils exigeaient que la femme séparée de corps se fît autoriser par son mari ou par la justice.

C'est qu'en effet, pour exercer les droits qui ne rentraient pas dans ses pouvoirs d'administration, la femme avait besoin de l'intervention maritale : elle restait soumise aux prescriptions des articles 217, 218 et 219 du Code civil qui exigent que l'épouse soit, pour l'accomplissement de tous actes judiciaires ou extrajudiciaires, assistée ou autorisée de son mari. La nécessité de cette autorisation est de droit commun : pour la femme séparée de corps comme pour la femme mariée ce n'est qu'après le refus dûment constaté du mari qu'existait la faculté d'en appeler aux tribunaux.

Dans la pratique la nécessité de rapporter cette

autorisation maritale était la source de très graves abus, fréquemment signalés et qui créaient à la femme une situation presque intolérable.

Il est évident en effet, comme l'a dit excellemment M. Emile Chrestien (1), « qu'après la séparation le mari ne peut plus être ce conseiller, avant tout soucieux des intérêts de sa femme — qui sont en partie les siens et qui sont ceux de ses enfants — dont les conseils n'étant jamais dictés que par l'affection peuvent être sollicités par la femme sans humiliation, puisqu'en les sollicitant elle a plutôt l'air d'obéir à un élan spontané qu'à une prescription légale.

» Après la séparation, l'affection, même chez les meilleurs, fait place à l'indifférence ou à la haine. Le mari cesse d'être le conseiller et le protecteur dévoué, pour devenir l'adversaire tantôt déclaré, tantôt sournois.

» C'était un fait d'expérience que l'autorité maritale, maintenue après la séparation, à partir de cet événement, n'était plus un moyen de contrôle entre les mains du mari, mais un moyen de tracasseries ou de chantage.

» Représentons-nous, en effet, l'état d'esprit du mari et ses sentiments à l'égard de la femme d'avec laquelle il est séparé de corps. Est-ce un mari irréprochable, les torts sont-ils tout entiers du côté de la femme et la séparation a-t-elle été prononcée à son profit à lui ? Il a une vengeance à exercer contre celle par la faute de qui il a vu son foyer détruit. Au contraire,

---

(1) *La capacité civile de la femme séparée de corps avant et depuis la loi du 6 février 1893*, p. 14.

a-t-il eu des torts graves envers sa femme ? Il en veut à celle-ci d'avoir étalé au grand jour de l'audience ses brutalités ou ses débauches, et il cherchera par tous les moyens à satisfaire sa rancune.

» Que devenait l'autorité maritale ainsi exercée par des maris aigris, soit par les malheurs conjugaux qui les avaient acculés à la séparation, soit par la lutte judiciaire dont ils étaient sortis vaincus et flétris ?

» Certains maris, de parti pris, refusaient leur autorisation, quelque avantageux que fût l'acte pour lequel cette autorisation était sollicitée, ou bien, par un raffinement de cruauté, se faisaient un malin plaisir de la faire attendre au-delà des justes limites, quittes, au dernier moment, à la refuser pour obliger la femme à s'adresser à la justice, ce qui retardait encore la solution de l'affaire et entraînait des frais. Il n'était pas rare non plus de voir des maris, que le souci de leur dignité ne préoccupait guère, spéculant sur le désir qu'avait leur femme d'obtenir, dans un bref délai, une autorisation ou de soustraire à l'examen de la justice une opération que celle-ci eût forcément désapprouvée, battre monnaie avec la puissance maritale et se faire payer leur autorisation à un prix d'autant plus élevé que la femme était plus pressée ou que l'opération projetée était plus onéreuse ou plus dangereuse pour elle.

» Les plus dignes, ne voulant plus rien avoir à faire avec la femme qu'ils détestaient, obligés cependant de donner ou de refuser une autorisation, la donnaient toujours, sans examen, et comme pour se débarrasser d'une formalité gênante.

» Donnée par indifférence, refusée ou retardée par esprit de rancune, vendue à beaux deniers comptants par basse cupidité, l'autorisation maritale n'avait plus aucune raison d'être, elle ne réalisait plus le but qu'avait poursuivi le législateur en l'instituant ; elle devait donc être supprimée. »

Quelque attitude d'ailleurs que prît le mari, la démarche que la femme était obligée de faire pour demander son autorisation était profondément humiliante. L'autorité maritale ne pouvait plus ici être acceptée par elle comme la règle à laquelle elle se conformait volontiers autrefois dans l'intérêt supérieur de la bonne harmonie du ménage. Aujourd'hui ce n'était plus un ami qui parlait et s'efforçait de persuader, guidé par des sentiments toujours dévoués, sinon, au sens de la femme, par la vision exacte des intérêts de la communauté : c'était le vainqueur ou le vaincu d'une lutte judiciaire dont l'heure de triompher était venue, c'était l'étranger, pis que l'étranger, l'ennemi auquel il fallait faire connaître la plupart des actes importants que l'on voulait accomplir, — bien plus, dont il fallait solliciter l'autorisation (1).

Cette humiliation imposée à la femme était peu faite pour amener un jour entre les époux une réconciliation. Le temps est, dit-on, le calmant par excellence, le divin anesthésique : injures et reproches

(1) Voir Cabouat : *Revue critique de lég. et de jur.*, année 1889, p. 710.

comme douleurs s'effacent sous son action. Mais pour que sa vertu souveraine puisse s'exercer, pour que la grande paix qu'il répand puisse gagner les esprits et les cœurs, il faut que le calme et l'oubli l'accompagnent. Si des conflits nouveaux surgissent, si l'obligation d'une démarche délicate s'impose, l'apaisement aura bien du mal à se faire ; les souvenirs qu'on voudrait voir déraciner renaîtront et la reprise de la vie commune sera, par là même, sinon tout à fait compromise, au moins retardée. Qu'au contraire la femme ne soit jamais contrainte d'avoir recours à son mari, qu'on lui épargne les sollicitations révoltantes, et non seulement les griefs qu'elle a contre lui ne s'accroîtront pas, mais, au contraire, ses blessures se cicatriseront et souvent l'idée d'une réconciliation naîtra dans son esprit calmé et apaisé.

La situation de la femme séparée de corps, nous venons de le démontrer, était donc déjà fort pénible avant l'introduction du divorce dans notre législation: mais elle constituait alors le droit commun, la règle unique devant laquelle l'épouse était obligée de s'incliner. Après la loi du 27 juillet 1884 la situation changea pour devenir plus insoutenable encore: le divorce rendait à la femme la pleine possession de ses droits ; plus n'était besoin pour elle d'autorisation maritale ou judiciaire ; elle redevenait, après le jugement prononcé, une personnalité complète par elle-même et de ce fait recouvrait sa dignité. La comparaison était tout à l'avantage du régime nouveau, tout au désavantage de la séparation de corps. « Désormais la femme allait se trouver dans la triste alternative ou de recourir au divorce pour sauve-

garder ses intérêts en violant ses convictions morales et religieuses, ou de s'en tenir à la séparation pour respecter ses scrupules en se portant un préjudice certain; on s'exposait ainsi à voir s'augmenter les cas de divorce dans des proportions dangereuses ou à faire des victimes volontaires de l'inégalité des lois (1). »

II

Ce furent ces considérations qui amenèrent notre législateur à voter en 1893 une loi dont la disposition capitale portait que la séparation de corps aurait désormais « *pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice* ». (Article 311 nouveau, alinéa 3).

Cette modification profonde à l'état de choses existant ne fut pas admise sans de longues hésitations. Peu de dispositions législatives ont donné lieu à autant de discussions, de renvois, d'amendements. Le nouveau principe que consacre dans notre législation la loi du 6 février 1893 n'en est que plus intéressant : son historique sera fertile en observations importantes pour l'étude des questions relatives à la capacité de la femme qui, dans un avenir plus ou moins éloigné, se poseront à nos législateurs.

R. Bertet: *Le Régime de la séparation de corps*, p. 13.

§ I. — Première proposition présentée au Sénat en 1884.

La première fois que la question de la capacité civile de la femme séparée de corps fut portée devant notre Parlement, ce fut en 1884. Sur l'initiative de MM. Allou, Batbie, Denormandie et Jules Simon, une proposition de loi fut déposée sur le bureau du Sénat et soumise le 12 juin (1) à l'examen d'une commission dont M. Allou fut nommé rapporteur.

Lorsqu'elle revint devant la Chambre haute, cette proposition de loi comprenait trois parties. La première était relative aux nullités des mariages : elle fut abandonnée après avoir été l'objet d'un avis défavorable du Conseil d'État, qui se montra hostile à toute modification de l'article 180 du Code civil ; la seconde partie contenait quelques modifications à la procédure de la séparation de corps : elle se traduisait par la loi du 18 avril 1886 ; la troisième partie, enfin, avait pour but de soustraire la femme séparée de corps à l'obligation de solliciter, dans tous les cas où le Code civil l'exigeait, l'autorisation de son mari et de lui permettre de demander, directement et sans justifier d'un refus préalable, l'autorisation de justice.

L'autorité maritale était respectée, la requête de la femme devant être, d'après le projet, notifiée au mari qui aurait pu intervenir. « La séparation de corps, disait M. Allou, n'est pas le divorce ; il ne faut pas oublier que la séparation de corps c'est le lien conju-

(1) *J. off.* Sénat, *Déb. parl.*, année 1884, p. 1069.

gal suspendu, relâché, mais non pas brisé. Il ne faut pas oublier que quand la séparation de corps a été prononcée il y a des intérêts considérables que le père de famille a le droit de défendre et qui demandent à être sauvegardés » (1).

Et l'honorable rapporteur ajoutait :

« Dans ce sentiment nous avons donc pensé qu'il fallait seulement permettre à la femme de s'adresser directement à la justice au lieu de passer par la nécessité d'un premier appel à son mari ; et, là même, nous n'avons pas voulu que le contrôle du mari pût absolument disparaître ; nous avons voulu qu'une notification de la requête de la femme lui fût adressée afin qu'il lui fût permis d'intervenir et de défendre tous ces intérêts respectables dont il est le représentant, dont il a la garde et que je vous signalais tout à l'heure. »

Trois séances complètes (2) furent remplies par la discussion au Sénat de cette partie du projet. C'est que déjà une idée s'était fait jour dans la haute assemblée, défendue par MM. Léon Renault et Naquet : celle de la capacité pleine et entière de la femme séparée de corps. Elle rencontra des adversaires ardents, décidés. Mais la question n'était pas mûre ; aussi, lors de la deuxième délibération, le 30 juin 1885, la proposition de MM. Allou et consorts fut-elle, sur la demande du Garde des sceaux, renvoyée à l'examen du Conseil d'Etat (3).

---

(1) *J. off., Sénat, Débats parlementaires*, 1885, p. 676.

(2) *J. off., Débats parlementaires, Sénat, 1885*, p. 676 à 686, 701 à 707, 710 à 721 et 783 à 788.

(3) *Journal officiel, Débats parlementaires*, Sénat, 1885, p. 777.

§ II. — Projet du Conseil d'État.

Lorsqu'il revint devant le Sénat, le projet avait subi de notables modifications. C'est qu'en effet le Conseil d'État s'était nettement prononcé pour l'attribution à la femme séparée de corps de sa pleine capacité et pour la suppression de toute autorisation maritale.

La critique de la proposition Allou était d'ailleurs faite de main de maître par M. Flourens, dans un remarquable rapport (1). Après avoir déclaré que le Conseil d'État tout entier partageait le désir du Sénat de voir cesser un état de choses qui « n'avait produit et ne pouvait produire que les plus fâcheux effets », l'honorable conseiller d'État ajoutait que là où le

---

(1) Nous trouvons aussi une excellente critique, au point de vue théorique, de la proposition Allou dans l'ouvrage déjà cité de M. E. Chrestien. « A la rigueur, écrit-il, on peut excuser le législateur, en supposant qu'il était donné pour base à l'incapacité de la femme mariée l'idée de puissance maritale, d'avoir permis à la femme de demander aux tribunaux une autorisation que son mari lui a refusée, puisqu'on peut dire que, dans ce cas, les juges n'interviennent que pour empêcher le mari d'abuser de son autorité. Mais il eût été impossible de le justifier d'avoir permis à la femme de s'adresser directement à la justice... La conclusion à tirer de cette règle, si on l'avait inscrite dans la loi, eût été, non pas que la femme est incapable parce qu'elle doit plier sa volonté devant la volonté souveraine de son mari, mais qu'elle est incapable en droit, parce qu'en fait elle manque des lumières nécessaires pour gérer ses intérêts, quand à ses intérêts d'autres intérêts sont liés... On revenait ainsi sciemment à *l'imbecillitas sexus* » (page 55).

désaccord commençait c'était sur le remède à apporter au mal signalé :

« Aux termes de la rédaction proposée par le Sénat, disait-il, le remède consisterait dans la faculté ouverte à la femme séparée soit de corps et de biens, soit de biens seulement, d'opter entre l'une et l'autre de ces deux voies : ou continuer à s'adresser d'abord à son mari, sauf, en cas de refus, à se pourvoir devant le tribunal, ou demander directement au tribunal les autorisations que ses intérêts peuvent exiger : copie de la requête serait notifiée au mari avec mise en demeure d'intervenir.

« De sérieuses objections ont été présentées contre ce système. D'abord il ne fait pas cesser un des abus signalés par l'exposé des motifs de la proposition. Cet exposé dénonce une collusion fréquente, paraît-il, entre époux séparés qui s'entendent, la femme pour acheter, le mari pour vendre l'autorisation, afin de soustraire à l'examen de la justice « une opération mal conçue ». Mais il est manifeste que, si la femme médite une opération mal conçue, ce n'est pas directement au tribunal qu'elle s'adressera pour obtenir l'autorisation. Elle restera libre d'acheter du mari, comme le mari restera libre de lui vendre, toutes les autorisations nécessaires pour réaliser cette opération.

« Une autre observation frappe à la lecture de ce texte. Il accorde le droit de saisir le tribunal avant toute instance auprès du mari, non seulement à la femme séparée de corps et de biens, mais même à la femme qui n'est séparée que de biens... En cas de séparation de corps il est impossible de ne pas con-

stater que l'adoption de ce système, par la procédure qu'il organise, détruirait le peu d'espoir de réconciliation qui peut subsister.

« Mais une considération plus générale a décidé le Conseil d'État à l'écarter. Ce système tend à placer la femme séparée sous la tutelle de la justice. Or, cette tutelle est coûteuse, désavantageuse par les lenteurs qu'elle entraîne, peu propre à faciliter le développement ou à prévenir l'amoindrissement de la fortune, et en désaccord avec le principe même sur lequel repose l'incapacité relative de la femme mariée.

« Nous avons vu qu'une controverse s'élève en ce qui touche l'étendue de la capacité de la femme séparée relativement à la disposition de ses biens mobiliers (1). Les auteurs de la proposition adoptent la solution restrictive, celle qui ne donne à la femme le droit de disposer même de ses biens meubles que dans la limite des actes d'administration. Ainsi la femme est entraînée à engager un procès pour tout

---

(1) Par la comparaison des termes de l'article 1449 avec ceux de l'article 217. L'article 1449 porte : « La femme séparée soit de corps et de biens, soit de biens seulement, en reprend la libre administration. — Elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner. — Elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari, ou sans être autorisée en justice à son refus. » L'art. 217 est ainsi conçu : « La femme, même non commune ou séparée de biens ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou sans son consentement par écrit. » — Comment, s'était, avec la jurisprudence, demandé M. Flourens, concilier ces deux textes dont l'un, opposant aux immeubles les meubles, accorde à la femme la libre disposition de ces derniers, et l'autre semble lui refuser cette liberté pour tous ses biens aussi bien mobiliers qu'immobiliers ?

acte autre qu'un acte de simple administration ; obligée, si elle veut vendre des valeurs mobilières, de subir les lenteurs qu'il plaira aux agents d'affaires de lui imposer ; condamnée à voir, par ces retards, une opération bien conçue devenir désastreuse.

« Jusqu'ici la loi n'a admis la justice à intervenir dans l'exercice des pouvoirs de tutelle que comme un secours suprême auquel il est fait appel dans les cas exceptionnels, et pour vaincre des résistances injustifiées. Faire des tribunaux les tuteurs directs, immédiats, auxquels les incapables auraient quotidiennement à recourir, serait une regrettable déviation des principes. En un mot, quelque fâcheuse que soit actuellement la situation de la femme séparée de corps et de biens, l'adoption de l'article proposé ne l'améliorerait pas » (1).

Et M. Flourens terminait en exposant les raisons qui avaient fait adopter par le Conseil d'État une addition à l'article 331 du Code civil, dont le but était, après avoir constaté que la séparation de corps continuerait à emporter toujours séparation de biens, de décider qu'elle aurait, en outre, pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin, en aucun cas, de recourir à l'autorisation de son mari ou de la justice.

§ III. — Seconde discussion au Sénat en 1887.

Soumis en 1887 à la Commission du Sénat, le projet élaboré par le Conseil d'État fut repoussé

(1) *Journal officiel, Documents parlementaires*, Sénat, 1886, p. 379.

par elle, et M. Allou vint pour la seconde fois défendre devant la Chambre haute sa proposition primitive. L'argument décisif du rapporteur était celui-ci: « Si le mariage reste debout, si l'union conjugale n'est que relâchée et non point brisée, il n'est pas possible d'admettre que la femme reprenne sa pleine et entière liberté. » (1)

Mais le Sénat était ébranlé. Sans vouloir aller aussi loin que l'eût désiré le Conseil d'État, dont MM. Paris, Naquet et Léon Renault avaient soutenu la théorie en défendant un amendement (2) combattu par M. Denormandie, il commença par porter une atteinte grave au principe de l'autorité maritale en adoptant un amendement de M. Bardoux. Se guidant sur la législation italienne, l'honorable sénateur avait proposé d'accorder à la femme qui obtiendrait la séparation de corps contre son mari la libre disposition de ses biens, alors qu'elle serait au contraire refusée à celle contre qui la séparation aurait été prononcée (3). Malgré ce qu'avait de bizarre et d'antijuri-

---

(1) Sénat, séance du 18 janvier 1887. *Journal officiel* du 19, *Débats parlementaires*, p. 17.

(2) Cet amendement, présenté par M. Paris, était ainsi conçu: « La séparation de corps aura en outre pour effet de rendre à la femme le plein exercice de la capacité civile sans qu'elle ait besoin, en aucun cas, de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice. » (Sénat, séance du 18 janvier 1887.)

(3) Au cas où la séparation de corps était prononcée aux torts réciproques des deux époux la femme conservait sa pleine capacité : elle était considérée comme gagnant partiellement son procès. A égalité de situation, expliquait M. Bardoux, la femme est censée moins coupable que le mari ! — Outre les inconséquences que la pratique devait fatalement faire naître,

dique cette distinction, qui faisait de l'autorité maritale une *peine* frappant uniquement la femme coupable, et de la capacité une récompense, le Sénat l'avait admise d'emblée : c'est que, sentant toute la gravité du système proposé par le Conseil d'État, il voulait, suivant l'expression populaire, « se raccrocher aux branches ». Un amendement de MM. Bérenger et de Marcère, qui ne fut pas soumis à la prise en considération par suite de l'adoption de la proposition Bardoux, était visiblement inspiré par un désir identique. Le plein exercice de sa capacité civile n'était, si on eût voté cet amendement (1), accordé

---

le système qu'aurait introduit dans nos lois l'amendement Bardoux aurait été d'une complication extraordinaire. Il arrivait à créer *six* catégories distinctes de femmes séparées et réconciliées. (Voir à ce sujet R. Bertet, *op. cit.*, p. 50). On conçoit facilement qu'un semblable système n'ait pu prévaloir, comme on le verra plus loin, à la Chambre des députés et l'on est en droit de s'étonner qu'il ait pu être pris en considération par le Sénat.

(1) L'amendement Bérenger-de Marcère était ainsi conçu : « Elle (la séparation de corps) aura en outre pour effet, *dans le cas où il n'y aurait pas d'enfants issus du mariage,* de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile sans qu'elle ait besoin en aucun cas de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice. » Il fut combattu par M. Léon Renault qui, le 20 janvier 1887, disait au Sénat : « La préoccupation des enfants n'a jamais joué aucun rôle dans l'institution de l'autorité maritale, dans la suspension momentanée de la capacité de la femme pendant la durée du mariage. » Et le 10 janvier 1893 M. Falcimaigne prononçait à son tour les paroles suivantes : « L'absence des enfants ou leur prédécés n'augmente pas la capacité de la femme, la survenance d'enfants ne la diminue pas. Il y aurait les plus grands dangers de subordonner l'une des deux idées à l'autre ».

qu'à la femme séparée de corps qui n'avait pas d'enfant ! On se demanderait en vain comment un légiste de la valeur de l'honorable M. Bérenger, dont le nom restera à jamais attaché à quelques-unes des lois les plus profondément pensées et les plus socialement humaines de notre époque, comment un jurisconsulte comme M. de Marcère purent à ce point se tromper, si on ne trouvait l'explication de leur proposition dans le désir de ne heurter que de la façon la moins violente possible les principes du Code civil en matière d'incapacité de la femme. Comment admettre en effet que l'existence ou l'inexistence d'enfants puisse jouer un rôle lorsqu'il s'agit de l'autorité maritale ? Ne sont-ce pas là deux choses distinctes et nettement séparées ? Pourquoi également favoriser la femme dont l'union fut infertile ? Est-ce, dans un pays comme le nôtre, — dont la dépopulation fait pousser des cris d'alarme très légitimes — que semblable proposition se pourrait justifier au point de vue social ?

L'amendement de M. Bardoux n'était pas plus juste, et, nous venons de le voir, n'était pas davantage défendable au point de vue pratique. La Chambre, mieux inspirée que le Sénat, le repoussa.

§ IV. — Projet voté par la Chambre.

Nos députés, en effet, lorsque la proposition de loi leur arriva, se trouvèrent en présence des quatre systèmes dont nous venons de parler : celui de MM. Allou et consorts, celui du Conseil d'État et ceux de MM. Bardoux et Bérenger-de Marcère. Sur

avis conforme de sa Commission, la Chambre, après deux rapports de MM. Arnault et Jullien, faits à trois ans d'intervalle, adopta sans discussion le projet du Conseil d'État (1) et le transmit le 29 juin 1892 au Sénat.

§ V. — Le projet au Sénat.

La résistance fut acharnée. La Commission élue par la Chambre haute conclut, par la voix de M. Demôle (2), à l'adoption du projet voté par elle en 1887. Des arguments nouveaux furent mis en avant. Mais le Gouvernement appuya résolument le texte voté par la Chambre. M. Falcimaigne avait été chargé, comme commissaire du Gouvernement, de soutenir la proposition du Conseil d'État. Il le fit si heureusement que, le 17 janvier 1893, le Sénat rejetait le projet que lui soumettait sa Commission, et adoptait définitivement, dix jours après, le texte suivant déjà voté par la Chambre et qui fut promulgué le 6 février 1893 :

Loi du 6 février 1893.

« Article premier. — L'article 108 du Code civil « est complété ainsi qu'il suit :

« La femme séparée de corps cesse d'avoir pour « domicile légal le domicile de son mari.

« Néanmoins, toute signification faite à la femme

---

(1) *Journal officiel* du 19 juin 1893. Chambre des Députés.

(2) *Journal officiel, Documents parlementaires,* 1892, Chambre des Députés, p. 504.

« séparée, en matière de question d'état, devra égale-
« ment être adressée au mari à peine de nullité. »

« Article 2. — L'article 299 du Code civil est
« complété ainsi qu'il suit :

« Par l'effet du divorce, chacun des époux reprend
« l'usage de son nom. »

« Article 3. — L'article 311 du Code civil est
« remplacé par les dispositions suivantes :

« *Article 311.* — Le jugement qui prononce la
« séparation de corps ou un jugement postérieur
« peut interdire à la femme de porter le nom de son
« mari, ou l'autoriser à ne pas le porter. Dans le cas
« où le mari aurait joint à son nom le nom de sa
« femme, celle-ci pourra également demander qu'il
« soit interdit au mari de le porter.

« La séparation de corps emporte toujours la
« séparation de biens.

« Elle a en outre pour effet de rendre à la femme
« le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle
« ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari
« ou de justice.

« S'il y a cessation de la séparation de corps par
« la réconciliation des époux, la capacité de la femme
« est modifiée pour l'avenir et réglée par les dispo-
« sitions de l'article 1449. Cette modification n'est
« opposable aux tiers que si la reprise de la vie
« commune a été constatée par acte passé devant
« notaire, avec minute dont un extrait devra être
« affiché en la forme indiquée par l'article 1445, et,
« de plus, par la mention en marge : 1° de l'acte de
« mariage ; 2° du jugement ou de l'arrêt qui a pro-
« noncé la séparation, et enfin par la publication en

« extrait dans l'un des journaux du département « recevant les publications légales. »

« Article 4. — L'article 248 du Code civil est « modifié ainsi qu'il suit :

« L'appel est recevable pour les jugements contra- « dictoires dans les délais fixés par les articles 443 « et suivants du Code de procédure civile.

« S'il s'agit d'un jugement par défaut, le délai ne « commence à courir qu'à partir du jour où l'oppo- « sition n'est plus recevable.

« En cas d'appel, la cause s'instruit à l'audience « ordinaire et comme affaire urgente.

« Les demandes reconventionnelles peuvent se « produire en appel sans être considérées comme « demandes nouvelles.

« Le délai pour se pourvoir en cassation court du « jour de la signification à partie pour les arrêts « contradictoires, et, pour les arrêts par défaut, du « jour où l'opposition n'est plus recevable.

« Le pourvoi est suspensif en matière de divorce « et en matière de séparation de corps. »

« Article 5. — La présente loi s'applique aux « séparations de corps prononcées ou demandées « avant sa promulgation.

« Article 6. — Les dispositions contraires à la « présente loi sont abrogées.

« Article 7. — La présente loi est applicable aux « colonies où les dispositions du Code civil ci-dessus « visées sont en vigueur. »

III

La seule partie réellement intéressante de la loi, au point de vue qui nous occupe, c'est celle relative à la capacité civile de la femme séparée de corps. Nous allons l'étudier en comparant la situation nouvelle qu'elle crée à la situation ancienne : ce sera le meilleur moyen de nous rendre exactement compte de la véritable portée de la réforme introduite dans notre Droit par le législateur de 1893.

Pour procéder avec méthode, nous examinerons d'abord les droits relatifs à la personne de la femme et ensuite les actes relatifs à son patrimoine.

§ I. — Droits relatifs à la personne de la femme.

Le paragraphe 3 de l'article 311 nouveau confère-t-il à la femme le libre exercice des droits relatifs à sa personne? Telle fut la question qu'on discuta dès après le vote de la loi du 6 février 1893 ; un parti — peu important à la vérité — dans la doctrine prétendait que si le législateur avait posé nettement la règle de la capacité de la femme séparée de corps quant à ses biens, il avait, au contraire, voulu qu'elle restât placée sous la tutelle de son mari dans le domaine des intérêts moraux. Le silence de la loi nouvelle relativement à l'incapacité de la femme quant à sa personne

devait, selon ces auteurs, être considéré comme laissant subsister sur ce point le droit antérieur.

Trois réponses ont été victorieusement faites à ce système. On a, tout d'abord, rappelé un passage du rapport de M. Flourens, dans lequel, parlant du projet qu'il défendait, l'éminent conseiller d'État disait que *dans aucun cas* la femme séparée de corps n'aurait plus à recourir à l'autorisation de son mari ou de justice (1). On a également cité une phrase plus explicite encore de M. Arnault. Puis, se basant sur le principe que là où le législateur n'a pas distingué l'interprète n'a pas le droit de distinguer, on a montré que les raisons qui auraient conduit le législateur à admettre la capacité civile de la femme quant à ses biens existaient tout aussi fortes lorsqu'il s'agissait de ses droits personnels. Enfin, le but du législateur ayant été de rapprocher le plus possible la séparation de biens du divorce, il convient de se prononcer dans le sens de l'assimilation, c'est-à dire dans le sens de la liberté. Ces arguments, que nous avons simplement voulu noter en passant, la question étant aujourd'hui tranchée, semblent décisifs. Nous admettrons donc, avec la jurisprudence et la très grande majorité de la doctrine, que la femme séparée de corps est devenue, depuis la loi de 1893, aussi indépendante dans la direction de sa personne que dans la direction de son patrimoine.

Après avoir posé et défendu le principe, il nous reste à en faire l'application aux différents cas où,

(1) Voir plus haut, p. 124 et suiv.

sous le régime du Code civil, l'épouse séparée de corps était considérée comme incapable.

Domicile. — La question de savoir si la femme séparée de corps pouvait avoir un domicile différent de celui du mari avait donné lieu, avant la loi de 1893, à d'importantes controverses. Pothier (1) et Bouhier (2) déjà différaient d'avis avec le Président Lamoignon (3) ; le Code civil n'ayant pas tranché la question d'une façon formelle, les jurisconsultes continuaient à se livrer bataille : les uns, comme MM. Demolombe ou Aubry et Rau (4), prétendaient que l'obligation pour la femme d'avoir le même domicile que son mari — dérivant du devoir de cohabitation — ne devait plus être maintenue lorsque la séparation de corps l'avait autorisée à avoir une résidence séparée ; les autres, comme Merlin et Zachariæ (5), s'en tenant rigoureusement au silence de la loi, contestant d'autre part l'assimilation du domicile au devoir de cohabitation, affirmaient la nécessité pour la femme séparée de conserver le domicile de son mari.

La loi de 1893 avait donc ici une importante contes-

---

(1) Pothier. *Contrat de mariage,* n° 532, et *Introduction aux Coutumes,* ch. 1er, n° 10.

(2) Bouhier. *Observations sur la Coutume de Bourgogne,* ch. xxii.

(3) Lamoignon. *Arrêtés,* titre Ier, art. 16.

(4) Demolombe, *op. cit.,* n° 499 ; Aubry et Rau, t. I, § 143, p. 580, texte et note 5.

(5) Merlin. *Rép.,* V° Domicile, § 5, 1. — Zachariæ, t. I, p. 280.

tation à trancher : elle le fit en décidant « que la femme séparée de corps cesse d'avoir pour domicile légal le domicile de son mari ». Mais elle apporta à cette règle une exception immédiate en exigeant qu'en matière de questions d'état, c'est-à-dire lorsqu'il s'agira de la discussion de certains litiges supérieurs intéressant l'honneur de toute la famille, toute signification faite à la femme fût également adressée au mari. — La règle n'en subsiste pas moins entière : la femme séparée de corps a désormais le droit d'avoir un domicile séparé bien à elle et indépendant de celui de son mari.

Droit d'exercer certaines professions. — Le principe de la pleine capacité de la femme séparée de corps nous amène aussi à décider qu'elle pourra, sans autorisation, exercer toutes les professions qu'il lui plaira : elle aura le droit de louer ses services, de former un contrat de société avec un tiers, d'écrire tel ouvrage qu'il lui plaira, de signer un engagement théâtral, etc. La jurisprudence, ici encore, avait été très hésitante. Après avoir, tout d'abord, décidé que la femme ne pouvait, en aucun cas, en appeler de la décision du mari dans une telle hypothèse, celui-ci ne devant compte à personne des motifs intimes qui le font s'opposer à un acte semblable, les tribunaux étaient ensuite rentrés dans les limites de la loi en se bornant, pour chaque cas particulier, à examiner les raisons qui avaient conduit le mari à refuser son autorisation.

Aujourd'hui la question ne peut plus se poser. Et si l'on objecte que la femme pourra ainsi compro-

mettre le nom de son mari, nous ferons observer que celui-ci a le droit, pour parer à ce danger, de faire interdiction à sa femme séparée de corps, comme l'y autorise l'article 3 § 1 de la loi nouvelle, de porter son nom. Et, si cette garantie est insuffisante, un recours suprême se présente à lui : le divorce.

Droit de faire le commerce. — Ce que nous venons de dire de certaines professions doit également être étendu au droit de faire le commerce. Sur ce point, le législateur de 1807 a créé à la femme mariée une situation spéciale : le Code de commerce, en effet, dans son article 4, déclare que *la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari.* Volontairement suivant les uns, involontairement suivant les autres, il n'est pas ici parlé de l'autorisation de justice, et d'excellents auteurs (1) déclarent que ni le texte précité, ni les principes généraux du Code civil ne peuvent permettre de suppléer au silence de la loi. Depuis 1893, l'épouse séparée de corps a ici encore pleins pouvoirs (2).

Droit de libre correspondance. — La jurisprudence, appuyée sur deux arrêts de la Cour de cassation (3),

---

(1) Demolombe, *Droit civil,* t. IV, n° 248. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. III, § 134. — Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial,* n° 185, etc.

(2) Le droit de faire le commerce devait d'ailleurs être accordé à la femme séparée de corps même dans l'esprit des adversaires de la pleine capacité. MM. Allou et Denormandie s'en expliquèrent nettement devant le Sénat.

(3) 9 février 1883, S. 1885, I., p. 137, et 15 juillet 1885, S. 1886, I, p. 102.

autorise le mari à intercepter les lettres de sa femme et à lire celles qu'elle adresse à des tiers. Ce droit ne peut plus lui appartenir sur la correspondance de sa femme séparée de corps. En vain invoquerait-il la nécessité de se convaincre de cette manière de l'adultère de sa femme ; d'autres moyens existent pour lui de faire une enquête : celui-ci doit lui être refusé comme dérogeant aux principes de la loi de 1893.

Droit de changer de nationalité. — Nous terminerons notre étude des droits personnels que la loi de 1893 a donnés à la femme séparée de corps en disant quelques mots d'une question qui avait eu, à l'occasion d'un procès célèbre, un certain retentissement. Voici les faits :

Mlle de Caraman-Chimay avait obtenu, vers 1875, sa séparation de corps d'avec M. le prince de Bauffremont. Désireuse de se remarier, elle alla s'établir dans le grand-duché de Saxe-Altenbourg, s'y fit naturaliser sans l'autorisation de son mari, obtint, à la faveur de sa nationalité nouvelle, le divorce et épousa le prince Bibesco.

M. de Bauffremont demanda au Tribunal de la Seine de prononcer la nullité du changement de nationalité de sa femme qu'il n'avait pas autorisé et du divorce que le nouveau statut personnel de la princesse avait rendu possible.

La Cour de Paris rendit sur appel un arrêt déclarant, notamment, l'impossibilité où était la femme séparée de corps de se faire naturaliser sans l'auto-

risation de son mari (1). La Cour de Cassation confirma cette manière de voir (2).

Elle ne saurait plus être acceptée aujourd'hui.

Jouissant d'une capacité sans limite, la femme séparée de corps pourra librement changer de nationalité, quelque important que soit cet acte, sans avoir à solliciter aucune autorisation.

§ II. — Droits relatifs aux biens de la femme.

L'étude comparée des droits de la femme séparée de corps sur ses biens avant et après la loi du 6 février 1893 ne présente pas seulement un intérêt historique : elle équivaut, à l'heure actuelle, et pour quelque temps sans doute encore (3), à une comparaison entre les pouvoirs de la femme séparée de biens et ceux de l'épouse séparée de corps. En effet, ce que nous dirons de la situation de celle-ci sous le régime du Code civil sera encore applicable à celle-là dont la capacité n'a pas varié.

Pour procéder à une étude rationnelle, nous comprendrons sous trois chefs les divers droits que la femme peut exercer sur son patrimoine : droits d'obligation, droits d'aliénation ou de disposition et droits d'action en justice.

---

(1) Cour de Paris, 17 juillet 1876, S. 1876, II, 249.

(2) Arrêt du 18 mars 1878, S. 1878, I, 193.

(3) Un certain nombre d'auteurs, au premier rang desquels figure M. Bufnoir, demandent l'extension de la pleine capacité civile à la femme séparée de biens.

Droits d'obligation. — Nous avons vu qu'avant la loi du 6 février 1893, la femme séparée de corps ne pouvait s'obliger que dans la mesure de son droit d'administration. Ce principe était certain : il était admis par tous les auteurs et par la jurisprudence tout entière. Mais là où l'on n'était plus d'accord, là où la variété des décisions devenait extrême, c'était lorsqu'il s'agissait de déterminer quels actes d'obligation rentraient dans le domaine des actes de libre administration de la femme séparée. Car ce qu'il faut considérer ici ce n'est pas tant l'acte d'obligation lui-même que l'acte qui le suivra, c'est l'emploi des deniers par exemple, en cas de vente. L'obligation contractée par la femme obligeait donc les tiers à surveiller les actes postérieurs passés par elle qui pouvaient être la conséquence du premier, et cela sous peine d'annulation des engagements contractés vis-à-vis d'eux par la femme. Ce danger était, pour les tiers, d'autant plus sérieux que la femme séparée, qui demandait à la justice de prononcer la nullité des obligations qu'elle avait souscrites, était protégée par une présomption d'incapacité : elle n'avait pas à faire la preuve que son engagement était nul, c'était à celui qui avait contracté avec elle à prouver qu'il était valable.

La seule garantie, lorsqu'un doute planait sur la validité de l'acte passé par une femme séparée de corps ou de biens, c'était de réclamer l'autorisation du mari ou de la justice.

Après la loi du 6 février 1893, toute démarche de ce genre est inutile lorsqu'il s'agit d'une femme séparée de corps, qui peut librement aujourd'hui contracter avec les tiers.

Droits d'aliénation. — L'aliénation à titre gratuit du mobilier de la femme séparée n'était pas admise sous l'empire du Code civil : la jurisprudence était formelle sur ce point, et si quelques auteurs faisaient exception dans la doctrine, ils étaient peu nombreux. La même interdiction pesait sur la femme séparée lorsqu'il s'agissait d'une aliénation à titre onéreux. Ici pourtant, si les magistrats étaient unanimes, les jurisconsultes n'étaient plus d'accord. MM. Aubry et Rau, Laurent, Colmet de Santerre (1), d'autres encore parmi les meilleurs, s'appuyant sur le texte même de l'article 1449, prétendaient que la femme pouvait sans restriction aliéner à titre onéreux ses droits mobiliers ; mais nous le répétons, la jurisprudence partageait avec MM. Dalloz, Guillouard et Demolombe l'opinion adverse.

Quant aux aliénations d'immeubles, qu'elles fussent à titre onéreux ou à titre gratuit, l'article 1449 les interdisait formellement.

La situation aujourd'hui est, dans ces divers cas, toute autre. La loi de 1893, en donnant à la femme séparée de corps le plein exercice de sa capacité civile, l'a, par là même, autorisée à procéder à l'aliénation de ses immeubles comme de ses meubles. Elle peut les vendre librement et disposer sans contrôle des prix de vente ; elle peut les donner à titre gratuit ou les grever de droits réels ; elle peut notamment les

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 516 en note ; Laurent, *op. cit.*, t. XXII, n° 301 ; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VI, n° 101 *bis*, III. — *Contra* : Dalloz. *Supp. Rép.*, v° Contrat de mariage n° 705 ; Guillouard, *op. cit.*, t. III, n° 1193 ; Demolombe, *op. cit.*, t. IV, n° 155.

hypothéquer, quoique certains commentateurs aient à ce sujet émis un léger doute (1). L'article 3, § 3, de la loi du 6 février 1893, est aussi large et aussi compréhensif que possible : aucune exception ne peut être opposée au principe qu'il édicte.

Droit d'ester en justice. — Ne distinguant pas entre les actes judiciaires et les actes extrajudiciaires, le nouvel article 311 autorise, par cela même, la femme séparée de corps à ester librement en justice. Il en était tout autrement sous le régime du Code. En dehors du droit de demander le divorce et sauf le cas où elle était l'objet de poursuites répressives, la femme séparée, pour pouvoir agir devant les tribunaux, devait être spécialement autorisée à cet effet par son mari. Dans certains cas seulement, limitativement déterminés (2), et en suivant une procédure spéciale, la femme pouvait obtenir que l'autorisation de justice remplaçât celle de son mari.

Aujourd'hui, au contraire, la femme séparée de corps peut agir devant les tribunaux comme elle l'entend.

Pouvant s'obliger et ester en justice, elle aura aussi la faculté d'user contre ses débiteurs des voies d'exécution forcée. « D'une part, en effet, dit un savant jurisconsulte (3), elle pourra désormais plaider sur les incidents que peut faire surgir une saisie mobi-

---

(1) Cabouat, *op. cit.*, p. 59.

(2) V. articles 218, 221, 222 et 224 du Code civil et 861 à 865 du Code de procédure.

(3) Cabouat, *Lois nouvelles*, 1893, p. 324.

lière, la seule que la femme séparée ait pu pratiquer jusqu'ici sous l'empire de l'article 1449 (Garsonnet, III, § 537). D'autre part, la saisie immobilière, qui n'est encore permise à la femme séparée qu'avec l'autorisation du mari ou de justice (arg. art. 556 du Code de procédure civile), parce qu'elle implique obligation éventuelle de rester adjudicataire pour la mise à prix, devient nécessairement accessible à la femme séparée de corps, sans aucune condition.

« Du même principe, il résulte encore que la femme séparée de corps acquiert, sans contestation possible, le droit de figurer dans la procédure d'ordre, droit qui est encore contesté à la femme séparée de biens » (1).

§ III. — Effets de la cessation de la séparation de corps.

Après avoir étudié la capacité nouvelle que la loi du 6 février 1893 reconnaît à la femme séparée de corps, il nous faut maintenant examiner les effets que peut avoir, sur ses droits, la cessation de cette séparation.

L'article 311 nouveau avait été inspiré, nous l'avons vu, par le désir de soustraire la femme aux abus de la puissance maritale : destiné à parer aux dangers que lui faisait courir la nécessité de l'autorisation d'un mari qui avait d'excellentes raisons pour lui être désagréable, le système adopté n'au-

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 472 ; Demolombe, *op. cit.*, t. IV, p. 124.

rait dû logiquement durer qu'autant que subsistait la situation même pour laquelle il avait été créé. Nous entendons par là que, la réconciliation survenant entre les époux, le législateur eut dû replacer immédiatement les choses dans le *statu quo ante* et ne reconnaître à la femme qui eût repris la vie commune que les droits d'une épouse ordinaire.

Ce système qui, en bonne logique, semble parfait, eût produit dans la pratique de funestes résultats.

Outre que la femme qui a fait l'apprentissage de la liberté eût trouvé à sa nouvelle incapacité des désavantages dont, avant la séparation, elle ne s'était peut-être pas rendu compte, l'intérêt des tiers eût pu souffrir de ce changement brusque de régime que rien ne leur eût signalé. Aucune véritable publicité, en effet, n'accompagnait sous le régime du Code civil, la réconciliation de deux époux séparés de corps. Elle était uniquement constatée par un acte passé devant notaire et dont une expédition était affichée dans les lieux prescrits par l'article 1445. Confiants dans la persistance d'une séparation que leur avait annoncée légalement et officiellement une insertion dans les feuilles publiques, les tiers auraient traité avec la femme la croyant toujours pleinement capable ; or celle-ci, voulant se soustraire à ses engagements, eût pu arguer de son nouvel état et faire prononcer la nullité des actes passés par elle sans l'assistance ou l'autorisation de son mari.

Ce danger était loin d'être illusoire : le législateur de 1893 y a paré en édictant des mesures nouvelles de publicité destinées à porter à la connaissance de tous la reprise de la vie commune entre les deux

époux autrefois séparés. Nous n'examinerons pas le détail de ces prescriptions : une simple lecture du paragraphe 4 du nouvel article 311 permettra de se rendre compte de leur efficacité.

Il est toutefois un point qui nous retiendra quelque peu. — Voici quel il est : La loi du 6 février 1893 déclare que la réconciliation n'aura d'effet à l'égard des tiers que si les formalités imposées par la loi pour la leur faire connaître auront été remplies et scrupuleusement observées. Pour conserver, après la reprise de la vie commune, sa pleine capacité, la femme qui fut autrefois séparée de corps n'aura donc qu'à ne pas remplir les conditions de publicité qu'on exige d'elle. Dans ces conditions, alors même que la réconciliation serait patente et connue de tous, elle n'existera pas légalement, et la femme ne pourra jamais arguer du défaut d'autorisation maritale pour faire prononcer la nullité des engagements par elle contractés vis-à-vis d'un tiers. Deux hypothèses peuvent donc se présenter : Ou bien la réconciliation a eu lieu et a été suivie des formalités exigées par la loi nouvelle. Dans ce cas le régime existant entre les époux est le régime de la séparation de biens tel qu'il est réglé par l'article 1449. La femme conservera la libre administration de sa fortune, mais elle devra, pour tout ce qui ne rentrera pas dans ce droit, justifier de l'autorisation de son mari ou de la justice. Ou bien les époux n'ont pas fait dresser acte de leur réconciliation et ne l'ont pas publié. Alors la femme, nous le répétons, demeurera au regard des tiers pleinement capable.

Ce système a été fortement critiqué par certains

jurisconsultes : « On aura donc, écrit M. Tournier(1), cette singulière anomalie d'une femme mariée, vivant avec son mari et jouissant d'une complète indépendance au regard des étrangers, pouvant donner, aliéner, hypothèquer ses biens, pouvant plaider sans le concours de son mari, ce qui, on en conviendra, dans notre organisation sociale comme dans notre législation, constitue une monstruosité. » — Si « monstruosité » il y a, elle a été volontairement introduite dans notre Code par le législateur de 1893 comme complétant naturellement le système qu'il avait adopté.

Il avait en effet commencé par faire aux principes de notre ancien droit une brèche importante en n'obligeant pas les époux qui se réconciliaient à se replacer sous l'empire de leur régime initial. Ce système avait été proposé, mais on le repoussa parce qu'on considéra qu'il créerait des entraves à la reprise de la vie commune. La femme séparée de corps, qui a exercé pendant un temps des droits absolus de libre disposition sur son patrimoine, ne voudra jamais, disait-on, « se replacer dans l'état de dépendance auquel la soumettait son contrat de mariage, tandis qu'elle acceptera la liberté relative que lui laisse la séparation de biens. » La raison est à retenir; au point de vue de la marches des idées féministes elle a déjà une importance caractéristique.

Mais cette dérogation n'est rien en comparaison de la liberté laissée à la femme de conserver, tout en reprenant la vie commune, son indépendance com-

---

(1) Tournier : *Revue du notariat*, année 1893, p. 235.

plète par la simple omission volontaire d'une ou plusieurs formalités. Au point de vue du mouvement qui nous occupe, le pas ici est considérable, décisif: il semble impossible d'aller plus loin dans cet ordre d'idées.

IV

Tout d'ailleurs dans la loi du 6 février 1893 est nouveau: le principe même sur lequel elle repose est en contradiction avec les règles les plus absolues édictées par le Code civil en matière d'incapacité féminine. Nous avons vu en effet que le législateur de 1803 s'était trouvé en présence de deux doctrines distinctes établies en France, chacune dans une région différente. Les pays de droit écrit avaient adopté la tradition romaine qui considérait la femme comme un être inférieur, d'intelligence bornée, ne s'entendant aucunement aux affaires. Les pays de coutumes, au contraire, basaient l'incapacité de la femme sur la nécessité d'une direction unique qui faisait du mari le chef du ménage, et considéraient la subordination de la femme « comme une forme nécessaire du respect qu'elle devait à la puissance maritale ». Nous avons vu aussi que les rédacteurs du Code civil n'avaient pas su ou pas voulu choisir entre ces deux idées et que le système qu'ils avaient adopté reposait à la fois sur l'*imbecillitas sexus* et sur l'idée de puissance maritale.

M. Flourens, si l'on s'en rapportait uniquement à son rapport au Conseil d'Etat, semblerait n'avoir pas saisi les véritables mobiles qui guidèrent le législateur de 1803. En proposant de restituer à la femme

séparée de corps sa complète capacité, il prétendait en effet, non pas introduire dans notre Code une innovation, mais supprimer une contradiction, non pas poser une règle nouvelle, mais déduire des principes de notre droit civil une conséquence logique.

Voici — le passage nous semble devoir être reproduit — comment il s'exprimait :

« Sur quels motifs repose donc l'obligation pour la femme de se faire autoriser? Est-elle présumée incapable de gérer sa fortune ? Evidemment non. Qu'elle devienne veuve, qu'elle obtienne le divorce, elle reprendra immédiatement le plein exercice de ses droits. Est-ce dans l'intérêt des enfants? Pas davantage. L'absence d'enfants ou leur prédécés n'accroît en rien la capacité civile de la femme, pas plus que leur survenance ne la restreint. La raison d'être de l'autorisation maritale réside exclusivement — et sur ce point il n'y a pas de contestations — dans la nécessité d'assurer l'unité de direction dans cette société de deux personnes, qui se forme par le mariage et qui s'appelle l'association conjugale, unité indispensable à la paix et à l'honneur du ménage comme à la bonne gestion des intérêts matrimoniaux.

» Il y a là une nécessité qui légitime la subordination de la femme au mari, sa privation momentanée du libre exercice de ses droits civils. Mais, si l'on reconnaît que telle est la raison d'être unique de l'autorisation maritale, il faut convenir que rien n'explique plus le retrait à une personne reconnue capable du plein exercice de ses droits, dès que cette unité de direction est devenue manifestement impossible, que les époux ont renoncé à tout ce qui constitue

l'association de vie et d'intérêts, qu'ils se sont créé des domiciles distincts, qu'ils ont répudié jusqu'à la communauté du nom...

» La capacité de la femme n'a pas et ne peut avoir qu'une seule justification : l'avantage de concentrer entre les mains du mari la direction de la fortune entière de l'association conjugale, soit qu'elle appartienne au mari, soit qu'elle appartienne à la femme, soit qu'elle soit le patrimoine de la communauté ou de la société d'acquêts. Mais une fois cette unité de direction devenue impossible par le fait de la séparation de corps et de biens, la femme doit reprendre le plein exercice de sa capacité civile et la perpétuation de son état de tutelle est aussi contraire à la logique qu'à ses intérêts (1). »

On ne saurait concevoir une critique plus logique et plus pondérée de notre Code civil, se dissimulant plus habilement sous les apparences d'une complète adhésion. M. Flourens, dans le passage que nous venons de transcrire, expose ce qui devrait être : il ne parle pas de ce qui est. Mais, en présentant la réforme qu'il défendait comme une déduction logique des principes qui avaient incité le législateur de 1803 à proclamer l'incapacité de la femme mariée, il répondait d'avance à l'objection tirée du système du Code civil, que nous avons vu constamment soulever lorsqu'il s'agissait d'une mesure d'émancipation féminine. Son argumentation était habile : elle n'était pas exacte.

Personne, pourtant, n'y répondit au Parlement : il

(1) Rapport de M. Flourens au Conseil d'État. *Journal officiel, Documents parlementaires,* Sénat, 1886, p. 380 et suivantes

fallut attendre les commentateurs de la loi, et particulièrement M. Cabouat (1), pour qu'une objection, tirée des véritables principes du Code civil, fût opposée à l'affirmation de M. Flourens, pour que, de nouveau, fût mise en lumière cette incontestable vérité, à savoir que « le principe de l'unité de direction, auquel on prétendait rattacher la règle de l'incapacité de la femme mariée, n'avait, en réalité, exercé aucune influence sur l'esprit du législateur de 1803 ». Une fois de plus, on rendit évidente cette vérité que, dans l'administration de la communauté, l'autorité maritale ne cesse pas d'être prépondérante, et, d'autre part, que la subordination de la femme est totalement indépendante de l'existence ou de l'inexistence d'une société pécuniaire entre époux. Quand bien même, en effet, les conjoints adoptent un régime excluant d'une façon absolue toute communauté de biens l'incapacité de la femme reste entière. On en trouve la confirmation absolue, évidente, dans les articles 215 et 217, 1449 et 1576 du Code civil.

La loi du 6 février 1893 a donc porté une atteinte grave aux principes du Code civil : elle a nettement substitué, au principe de l'incapacité attachée au mariage, le principe de l'incapacité attachée au *ménage*. En innovant ainsi le législateur ne faisait — tant la mesure prise est naturelle — que revenir à une règle qui existait dans le vieux droit coutumier français. La chose, du reste, n'a rien qui puisse surprendre après ce que nous avons dit de la raison qui avait

(1) Cabouat, *op. cit.*

fait, dans les pays de coutume, décréter l'incapacité de la femme.

Voici comment, à ce sujet, s'exprimaient les articles 224 et 234 de la Coutume de Paris :

Art. 224. — La femme ne peut ester en jugement, sans le consentement de son mari, si elle n'est autorisée ou séparée en justice.

Art. 234. — La femme mariée ne se peut obliger, sans le consentement de son mari, si elle n'est séparée par effet.

On interprétait ces textes en ce sens que la séparation de biens, principale ou accessoire, rendait à la femme le plein exercice de sa capacité civile. C'est ce que disait, en propres termes, Dumoulin, dans ses Notes sur la coutume du Bourbonnais : *Facta separatione, mulier non est amplius in potestate mariti* (1). A partir de la seconde moitié du XVI^e^ siècle, l'accord ne fut plus complet : certaines coutumes, celles de Montargis, de Dunois, de Sedan par exemple, continuèrent à appliquer cette règle ; d'autres, appuyées par Loysel (2), et aussi par Ferrière et de Visme (3), rompirent avec la tradition, en admettant, toutefois,

---

(1) Dumoulin, t. II, p. 742 et 743. Édition de 1681.

(2) Loysel. *Institutes coutumières,* Maxime, 24, livre I^er^, titre 2.

(3) « La séparation de corps ne diminue rien à la puissance maritale : si elle donne quelque pouvoir à la femme sur les biens, ce n'est que pour l'administration ; aussi la femme ne saurait aliéner ni s'obliger sans autorisation, non plus que si elle n'était point séparée ». Ferrière et de Visme. *Science parfaite des notaires. (Édition de 1742.)*

que la femme séparée pouvait ester en justice sans l'autorisation de son mari (1).

Mais on peut affirmer que, jusqu'à la réformation de la coutume, la séparation de corps donnait à la femme des droits absolus sur son patrimoine et que le système subséquent fût une dérogation à des principes que le Code civil à son tour repoussa.

En revenant aux anciens errements, la loi nouvelle nous semble avoir introduit dans notre Code un peu plus de logique, et, nous n'hésitons pas à le dire, un peu plus de justice. En restituant à la femme séparée de corps la direction de son patrimoine, le législateur de 1893 a fait échec à une règle qui, injuste dans son principe, l'est aussi dans ses conséquences.

M. Bufnoir portait, sur la loi nouvelle, quelques jours après sa promulgation, un jugement auquel nous nous rallions complètement.

« Le régime nouveau de la séparation de corps, disait-il, ouvre une large brèche dans une institution que les mœurs ont acceptée pour ainsi dire de confiance, sans en bien approfondir le principe. Au point de vue où le législateur de 1893 était placé, on ne saurait lui reprocher de ne pas être allé plus loin dans la voie où il est entré. Déjà, d'ailleurs, les résistances ont été vives et persistantes dans celle de nos assemblées législatives qui représente naturellement l'esprit de conservation et de tradition. Tôt ou tard, cependant, on devra se demander si la simple séparation de biens ne devrait pas conférer à la femme la

(1) Pothier. *Puissance du mari,* nº 61.

même capacité que la séparation de corps et de biens. Il semble tout d'abord que cela devrait aller de soi au cas de séparation de biens judiciaire ; sans doute, elle laisse subsister la communauté d'existence, et, à ce point de vue, on peut être tenté de dire qu'à cette association subsistante il faut un chef. Cependant, cette association a pris fin pour ce qui est des biens, et n'y a-t-il pas quelque contradiction à maintenir la haute direction des intérêts de la femme au mari qui s'est montré incapable dans le gouvernement de ses propres affaires et des affaires communes ?

« Cette dernière raison ne se rencontre pas au cas de séparation de biens conventionnelle, ni pour la fortune paraphernale de la femme mariée sous le régime dotal ; mais à ceux qui jugeraient téméraire d'accorder à la femme, pour ces hypothèses, pleine capacité dans le gouvernement de ses intérêts, nous ferons remarquer que ce régime était, avant le Code civil, le régime établi dans les pays de droit écrit, et qu'ici les auteurs du Code civil ont suivi la tradition des pays de coutumes sans qu'on puisse bien justifier leurs préférences (1) ».

L'acheminement se fera, rapide ou lent, suivant les circonstances ; mais, dès à présent, on peut être certain que l'assimilation entre la situation de la femme séparée de corps et celle de la femme séparée de biens ne saurait beaucoup tarder. L'étude des législations étrangères nous montre, en effet, qu'à l'heure actuelle deux systèmes seulement paraissent autour de nous conformes aux tendances et aux aspirations moder-

(1) Bufnoir. *Annuaire de Législation*, 1893.

nes : l'un donne à la femme mariée pleine et entière capacité, quel que soit le régime matrimonial des époux ; l'autre ne la lui accorde que dans le cas où ceux-ci ont adopté un régime matrimonial qui laisse distincts le patrimoine du mari et celui de la femme.

Notre législateur, lorsqu'il exécutera enfin le projet, dont on parle et qu'il caresse depuis si longtemps, de reviser notre Code au point de vue de la capacité de la femme mariée, choisira donc nécessairement entre ces deux systèmes. Que ses préférences le portent vers l'un ou vers l'autre, on peut dès maintenant affirmer que, dans l'ensemble qu'il créera, la libre capacité de la femme séparée de corps ne semblera plus disparate.

En effet, comme on l'a fort bien dit à propos de la loi que nous venons d'étudier, « une force puissante pousse tous les législateurs à reléguer bien loin les idées d'autorisation maritale, d'incapacité des femmes mariées, et à conserver l'égalité effective des deux sexes au point de vue civil. Le droit commercial de tous les pays avait proclamé l'indépendance, la capacité de la femme marchande publique ; le droit civil de tous les pays est en voie d'apporter les mêmes réformes libérales d'émancipation en matière civile (1) ».

---

(1) Sarrand. *La loi du 6 février 1893, sur la séparation de corps*, p. 119.

CHAPITRE VI

DROITS DE LA FEMME SUR LES PRODUITS DE SON TRAVAIL

I

« Le mari, disaient nos anciennes coutumes, est seigneur et maître de la communauté. »

Le législateur de 1803, s'il n'alla pas aussi loin, était pourtant animé du même esprit lorsqu'il édictait l'article 1421 ainsi conçu : « *Le mari administre seul les biens de la communauté. Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme.* »

Cette règle, on ne peut se le dissimuler, donne au mari des pouvoirs presque sans limites dans le régime de droit commun, celui qui est le plus généralement adopté, celui qui a toute la faveur du Code, puisqu'il est celui qui, à défaut de contrat de mariage, règle les rapports des deux époux.

On ne saurait en effet considérer comme une limitation ou une garantie très réelles, l'interdiction faite

à l'époux de disposer entre vifs, à titre gratuit, des immeubles de la communauté, pas plus que la défense de faire des donations d'objets mobiliers avec réserve d'usufruit en sa faveur.

Nous avons vu que la nécessité d'obtenir de la femme une renonciation à son hypothèque légale rendait la plupart du temps son concours obligatoire lorsqu'il s'agissait de vendre ou d'hypothéquer un immeuble de la communauté. Mais le mari conserve son omnipotence lorsqu'il s'agit des biens meubles dont il a et garde la libre disposition.

Les raisons qui ont fait édicter cette toute-puissance de l'époux ont été trop fréquemment exposées pour que nous nous y attachions longuement. Dans toute société, a-t-on dit, il faut un chef : dans la société conjugale la nature, nos habitudes, nos mœurs, les convenances mêmes, désignent pour ce rôle le mari. Et l'article 215 du Code civil l'a compris qui déclare que « *Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari.* »

Donc, le principe, surtout lorsqu'il s'agit de l'administration de la communauté, c'est que le mari, et le mari seul, a le droit et le pouvoir de régler l'emploi des fonds communs, de leur donner une destination.

Or, c'est vers cette omnipotence du mari en matière d'administration des biens de la communauté que s'est surtout porté l'effort de ceux à qui les droits de la femme semblaient avoir été trop négligés par notre Code civil.

La position prise par eux était d'ailleurs incontestablement très forte. Ils faisaient, en effet, remar-

quer que la communauté légale est le régime des pauvres gens qui, reculant devant les frais d'un contrat de mariage, ignorant même souvent l'existence d'un régime plus favorable pour la femme, se marient en se rapportant au Code du soin de règler leurs droits respectifs d'époux.

Le mari sera donc ici le maître de disposer à son gré, sans contrôle, d'une façon presque absolue, des biens qui constituent la communauté, y compris les gains pouvant résulter du travail de la femme.

Si donc — et l'hypothèse hélas ! est trop fréquente pour sembler osée — on suppose que ce mari est un ivrogne, un débauché, un paresseux, il aura le droit de dissiper non seulement ce qu'il aura lui-même apporté en mariage, non seulement les quelques sous que sa femme a pu économsier comme jeune fille, mais encore son maigre salaire et surtout celui que sa femme rapporte au logis, et qu'elle n'a peut-être gagné qu'après un travail acharné et de tous les instants.

Et cette femme, qui, durant toute une semaine, aura peiné pour empêcher ses enfants et elle-même de mourir de faim, sera, de par la loi, obligée de remettre à son mari tout son salaire qui s'évanouira à l' « assommoir » ou dans les maisons de débauches.

Mais ici la situation est peut-être moins navrante encore que dans une autre hypothèse qui est fréquente elle aussi. Le mari a abandonné sa femme et ses enfants ; la mère, sans se laisser abattre, s'est mise résolument à l'œuvre ; elle a pour les mauvais jours mis quelque argent de côté ; peut-être, à force

d'économies, a-t-elle réussi à acheter quelques meubles, une machine à coudre qui lui sert de gagne-pain. Et voilà le mari qui revient : il met la main sur l'argent, il vend les meubles, puis s'en va de nouveau : il a pour lui le Code, il le sait, et il en use.

Qu'on ne nous accuse pas d'exagérer à plaisir des situations navrantes par elles-mêmes. Qui ne sait que, dans la classe ouvrière, ces drames intimes sont fréquents, presque journaliers, et qui ne sentirait le besoin de remédier dans la mesure du possible à cet état de choses ?

Mais, nous dira-t-on, la femme a, à sa portée, un moyen d'éviter ces abus de la puissance maritale : elle n'a qu'à demander la séparation de biens. Le remède certes est excellent lorsqu'il s'agit d'une femme ayant des biens personnels que dissipe son mari ; elle pourra sauver ceux qui n'auront pas été compromis. Mais celle qui ne possède rien que les fruits de son travail que soustraira-t-elle à son mari ? Et puis, la séparation de biens entraîne des frais. L'assistance judiciaire, au cas d'indigence, est longue à obtenir, nécessite des démarches nombreuses, oblige à de coûteuses pertes de temps. Le mari pendant ces préliminaires pourra agir à son gré et il ne se fera pas faute d'abuser de ses droits.

En supposant même que tous ces inconvénients n'existent pas, ne comprend-on pas que si la femme obtient judiciairement la séparation de biens qui doit désormais la protéger, c'en est fini de l'union dans le ménage : le divorce n'est pas loin.

Il fallait donc trouver autre chose.

Trois moyens ont été proposés :

Le premier consiste à faire du régime de la séparation de biens le régime légal, le régime de droit commun. Nous avons déjà vu que certaines législations étrangères n'ont pas hésité à employer ce remède. En France, pourtant, il ne saurait, à notre sens, convenir, et nous ne serions pas loin de croire qu'à l'heure actuelle au moins il serait plus dangereux que le mal. Nous ne comprendrions pas, en effet, que le mariage qui doit de deux êtres n'en faire qu'un, qui unit indissolublement deux corps et deux âmes, fût accompagné d'un régime qui est la négation même de cette unité. Nos traditions et nos mœurs, les idées de solidarité familiale et sociale qui font chaque jour plus de progrès, nous éloignent à ce point du régime de la séparation de biens qu'on considère généralement son adoption comme une mesure injurieuse de défiance.

Le second moyen est employé depuis 1874 en Suède, depuis 1880 en Danemark, depuis 1888 en Norvège ; il le sera l'an prochain en Allemagne ; la loi, dans tous ces pays, donne à la femme le droit de disposer des fruits de son travail, d'en faire librement emploi et de se créer ainsi des propres mobiliers et immobiliers.

Le troisième moyen, enfin, consiste à limiter les droits d'administration du mari, à lui enlever la libre disposition des produits du travail de la femme pour donner à celle-ci, sur les biens acquis par elle, les mêmes droits qu'à son mari, quitte, lorsqu'il y aura conflit, à faire intervenir la justice.

Ces diverses solutions ont été examinées par notre législateur : elles l'ont successivement amené au vote

de la loi du 9 avril 1881 sur la Caisse d'épargne postale, à celle du 20 juillet 1886 sur la Caisse des retraites pour la Vieillesse, à celle du 20 juillet sur les Caisses d'épargne ordinaires, et enfin à l'adoption par la Chambre des députés, le 27 février 1896, de la proposition de loi de MM. Goirand et Louis Jourdan.

II

C'est d'une façon absolument fortuite que se présenta pour la première fois, devant la Chambre des députés et devant le Sénat, la question de savoir si le principe de l'omnipotence maritale devait être rigoureusement maintenu, ou s'il ne convenait pas, au contraire, de faire jouer à la femme dans l'administration de la communauté un rôle un peu moins effacé.

Le 7 mai 1878 (1), M. Arthur Legrand déposait sur le bureau de la Chambre une proposition de loi tendant à créer, sur le modèle de l'Angleterre, une Caisse d'épargne postale.

Une commission fut nommée et, en son nom, M. Choron (2) faisait, sur la création projetée, un rapport très favorable. Chose remarquable, ce rapport ne contenait aucune allusion à la question qui, à la Chambre et au Sénat, souleva, quelque temps après, les plus vives discussions, à celle qui pour nous est la

(1) *Journal officiel* du 8 mai 1878, p. 4842.
(2) *Journal officiel* du 4 avril 1879, p. 2907.

plus intéressante et que résolvait l'article 6, § 6, ainsi conçu : « *Les femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage, seront admises à se faire ouvrir des livrets sans l'assistance de leurs maris ; elles pourront retirer sans cette assistance les sommes inscrites aux livrets ainsi ouverts, sauf opposition de la part de leurs maris* ».

A cause peut-être de ce silence, dicté sans doute au rapporteur par une diplomatique prudence, le projet présenté le 17 janvier 1880, en suite de la proposition de loi de M. Arthur Legrand, par M. Cochery, ministre des postes et télégraphes, et par M. Magnin, ministre des finances, ne contenait pas le paragraphe relatif aux femmes mariées.

Il fut rétabli par la commission chargée d'examiner le projet du Gouvernement et M. Audiffred indiqua brièvement dans son rapport (1) les raisons qui avaient décidé la grande majorité de ses collègues à adopter les vues de M. Arthur Legrand.

Lors de la discussion de l'article 6 à la Chambre des députés (1er juillet 1880), M. J. Cazot, l'éminent sénateur, alors garde des sceaux, fit observer, en s'opposant à sa prise en considération, que « cette disposition touchait aux principes de notre législation civile et qu'elle tendait à modifier profondément la capacité des femmes mariées ».

L'importance même de cette modification, il l'indiquait d'une façon si saisissante, en répondant à M. Arthur Legrand, que nous ne pouvons mieux

(1) Déposé le 10 juin 1880 : texte au *Journal officiel* du 2 juillet 1880, p. 7451.

faire, pour montrer la véritable portée de l'article 6 du projet, que de reproduire ici la partie la plus caractéristique du discours de M. Cazot :

« La puissance maritale, disait-il, a été envisagée par notre législation à divers points de vue qui varient suivant les divers régimes nuptiaux. Ces régimes sont au nombre de quatre : le régime de la communauté, le régime sans communauté, le régime de la séparation de biens et le régime dotal.

» Sous le régime de la communauté, tous les biens des époux sont communs, les uns pour la simple (toute) propriété, les autres pour la jouissance seulement. En ce qui touche aux biens qui restent en propre à la femme, le mari en a l'administration et la jouissance.

» Sous le régime sans communauté, tous les biens de la femme lui restent propres, seulement l'administration et la jouissance appartiennent au mari.

» Sous le régime de la séparation de biens chacun des conjoints conserve l'administration et la jouissance de son patrimoine ; la femme peut faire seule et sans autorisation tous les actes d'administration, et elle a besoin d'être autorisée pour tous les actes de disposition.

» Sous le régime dotal, le mari a l'administration et la jouissance des biens constitués en dot, et quant aux biens paraphernaux c'est la femme qui en conserve l'administration et la jouissance.

» Voilà, en raccourci, et d'une façon sommaire, les divers points de vue sous lesquels la puissance maritale a été envisagée par notre législation civile.

» La Chambre aura compris que la disposition de

l'article 6 est complètement inutile lorsque la femme est mariée sous le régime de la séparation de biens, ou lorsqu'elle est mariée sous le régime dotal, en ce qui touche ses paraphernaux. Mais la Chambre aura également compris que cette disposition de l'article 6 constitue la dérogation la plus grave à notre législation civile lorsque les époux se trouvent mariés sous le régime de la communauté, ou sous le régime sans communauté, ou sous le régime dotal en ce qui touche les biens dotaux, car alors la disposition finale de l'article 6 tend à soustraire à la surveillance du mari des capitaux, des sommes d'argent qui lui appartiennent par moitié, lorsqu'il s'agit du régime de la communauté et dont il a l'administration et la jouissance sous tous les autres régimes.

« Il y a là une atteinte portée à la puissance maritale, et je répète ce que j'ai dit lorsque je suis monté pour la première fois à la tribune : que ce n'est pas d'une façon incidente, dans une loi particulière sur les Caisses d'épargne postales, qu'on peut chercher à introduire des dérogations aussi graves aux principes de notre droit civil. (1) »

La lecture des débats semble indiquer que la Chambre des députés fut particulièrement frappée par la dernière objection de M. Cazot, car, après avoir entendu les éloquents discours de MM. Ribot et Rouher, décidant que la question devait être plus amplement étudiée, elle la réserva pour permettre au Gouvernement de présenter, sur la capacité civile de

---

(1) *Journal officiel* du 2 juillet 1880, p. 7432.

la femme, un projet de loi à propos duquel un nouveau débat pourrait s'ouvrir.

Mais, lorsque le projet de création d'une Caisse d'épargne postale arriva au Sénat, la commission chargée de l'examiner fit ce qu'avait déjà fait la commission de la Chambre : elle ajouta à l'article 6 le paragraphe relatif au droit pour la femme mariée de se faire ouvrir librement un livret de la Caisse d'épargne postale, et sauf opposition de la part du mari, de retirer les fonds ainsi déposés par elle.

Le principe fut fortement combattu par M. Le Royer ; défendu par M. Robert de Massy et M. Laboulaye, il fut pourtant adopté et le Sénat, le 28 mars 1881, votait, avec l'amendement introduit par la commission, la loi sur les Caisses d'épargne postales.

Lorsque celle-ci revint, quelques jours après, devant la Chambre des députés, elle fut, sur un rapport de M. Audiffred, adoptée sans discussion à une grande majorité.

Après avoir rappelé l'historique de la loi du 9 avril 1881, peut-être ne sera-t-il pas inutile d'exposer les arguments qui militaient en faveur de son adoption et de réfuter quelques-unes des objections qu'elle a soulevées tant à la Chambre et au Sénat qu'après sa promulgation.

Et, tout d'abord, il serait inexact de croire que la proposition de M. Arthur Legrand était une nouveauté législative. Dès 1869, le Sénat de l'Empire indiquait la nécessité de laisser à la femme mariée le droit de placer à la Caisse d'épargne une partie des économies du ménage. Les projets de loi de MM. Henry

Fournier, Talon et Chabaud-Latour, une proposition de M. Denormandie à l'Assemblée nationale, les *desiderata* hautement manifestés par les Caisses d'épargne déjà existantes, avaient préparé les esprits à une réforme dont l'indispensabilité s'imposait à tous ceux qui, ayant des rapports avec la classe ouvrière, se rendaient compte que très souvent c'est la femme qui, dans les ménages peu aisés, représente les idées d'ordre et d'économie.

A ceux qui faisaient observer que la loi nouvelle allait permettre à la femme mariée d'opérer des détournements au préjudice de la communauté, les partisans de la loi faisaient fort justement remarquer que, si elle voulait faire à son profit exclusif des placements que devait ignorer son mari, la femme avait un moyen beaucoup plus simple et moins chanceux que de déposer à la Caisse d'épargne des sommes dont le versement serait facilement prouvé : c'était l'achat de titres au porteur que rien ne révèle et qui n'est aucunement limité. D'ailleurs, comme on l'a fort justement dit, « la femme qui épargne est une femme honnête », qui ne songera pas à détourner des sommes qu'elle veut seulement, guidée par une sage prévoyance, réserver pour les besoins des siens.

L'objection la plus forte qui fut soulevée contre l'extension du droit des femmes que nous examinons en ce moment, est celle que nous avons vu exposer par M. J. Cazot, et qui consiste à dire que cette loi porte atteinte aux droits du mari comme chef et administrateur et qu'elle est contraire aux principes fondamentaux de notre législation en matière de mariage.

On a essayé d'y répondre de trois manières.

Le Code civil, disait tout d'abord M. Le Bastard (1), l'honorable rapporteur de la loi au Sénat, remonte à une époque où les Caisses d'épargne n'existaient pas. Comment donc pourrait-on prétendre que la loi de 1881 est en opposition avec le Code?

Nous ne voudrions pas nous appesantir sur la pauvreté d'un semblable raisonnement qui ne résiste pas à un moment de réflexion.

Nous ne nous attarderons pas davantage à l'argument tiré de ce fait, que d'autres pays, où l'autorisation maritale est aussi rigoureusement nécessaire que chez nous : la Suède, la Hollande, la Belgique, l'Angleterre avant la loi de 1882, ont introduit dans leur législation des dispositions identiques. Que plusieurs nations, en présence de cas particuliers, aient fait fléchir une règle générale, en peut-on inférer que cette règle n'est pas violée?

Une exception répétée un certain nombre de fois, n'est-ce donc plus une exception?

Un troisième et dernier argument, qui ne nous semble pas beaucoup plus solide que les deux premiers, consiste enfin à dire que la demande d'ouverture d'un livret par la femme et le retrait de sommes déposées par elle à la Caisse d'épargne est un acte d'administration que l'on peut considérer comme s'exerçant en vertu d'un mandat tacite du mari. C'est l'explication que donnent, après le rapporteur de la loi à la Chambre des députés, nombre d'auteurs; la doctrine, parfois si divisée, est formelle sur ce point.

---

(1) *Journal officiel*, 1881, Sénat. *Annexes*, p. 224 et suivantes.

Il nous semble pourtant que cet argument, bon tout au plus pour la tribune, s'écroule de lui-même si on y réfléchit un instant. Outre qu'un mandat ne se présume pas, il nous semble impossible d'admettre qu'en se faisant délivrer un livret *à son nom* (et non pas au nom de son mari), en se réservant le droit de toucher *elle-même* les sommes qu'elle y fera inscrire, la femme puisse être considérée comme accomplissant un acte d'administration nécessaire. Nous pensons, au contraire, qu'en usant, le plus souvent à l'insu de son mari, du droit que lui confère la loi du 9 avril 1881, la femme marque nettement son intention de s'affranchir de la nécessité de l'autorisation maritale. Ne voit-on pas en outre qu'en vertu de cette théorie du mandat tacite, qui n'est autre chose que l'application du proverbe populaire « Qui ne dit mot consent », on pourrait autoriser la femme à faire toute sorte d'actes de disposition ? Où nous conduirait alors cette fiction du « mandat supposé », que l'on n'admettait jusqu'ici que pour les dépenses d'entretien du ménage?

La vérité c'est que nous nous trouvons, comme le disaient les adversaires de la loi de 1881, en présence d'une dérogation formelle, évidente, aux principes du Code civil (1) ; mais d'une dérogation largement justifiée par les faits, et jugée nécessaire non seulement en France, mais dans presque tous les pays qui ont adopté la communauté comme régime de droit commun.

---

(1) Voir la critique de la loi dans la *Revue critique*, année 1881, p. 575, en un article de M. Ch. Testoud.

Au Parlement, d'ailleurs, certains partisans de la loi avouèrent formellement leur intention de toucher aux principes. Nous en trouvons la preuve dans cette jolie et fine réplique de M. le sénateur Laboulaye, adressée à M. Le Royer qui, en invoquant le Code civil, combattait la loi : « La législation qui concerne les femmes a changé plus d'une fois parce que la condition des femmes a changé. Ainsi, au moyen-âge, nous avons eu des jurisconsultes, comme Beaumanoir, qui nous apprennent quelle était la condition des femmes. Beaumanoir, un excellent jurisconsulte, dit : « Qu'il est permis de battre sa femme pourvu qu'on ne la tue pas et qu'on ne la blesse pas. » Je suppose que dans ce temps-là il devait y avoir des jurisconsultes pour demander, au nom des principes, qu'on ne touchât pas à ce droit sacré..... » (1).

Mais, si le législateur de 1881 a consenti à porter atteinte à la puissance maritale, il ne l'a fait que dans la mesure qu'il jugeait absolument indispensable.

Deux droits en effet restaient et étaient formellement maintenus au mari :

Il pouvait tout d'abord, lorsque cela lui plaisait, retirer de la Caisse d'épargne les fonds qu'y avait déposés sa femme. A un moment quelconque il avait la faculté de se présenter à la caisse et, usant de ses prérogatives maritales, exiger, sans qu'il fût possible de lui opposer une fin de non-recevoir, la remise des économies que justement on voulait lui soustraire.

Cela résultait nettement d'un passage du rapport

(1) *Journal officiel*, 1881, *Déb. parl.*, Sénat, p. 495.

de M. le sénateur Le Bastard, pleinement confirmé par la discussion qui eut lieu à la Chambre et au Sénat, et d'un jugement du Tribunal de Louviers (1).

Il pouvait aussi, en vertu de la disposition finale de l'article 6, faire opposition à ce que la femme retirât les sommes par elle déposées, et celle-ci alors ne pouvait plus disposer, sans l'autorisation de son mari, des versements par elle effectués.

On voit donc nettement que les législateurs de 1881 n'allèrent pas jusqu'au bout dans la voie de l'innovation, et que l'article 6 de la loi sur les Caisses d'épargne postales, s'il portait atteinte à l'omnipotence maritale en matière d'administration, laissait encore à l'époux des droits que certains bons esprits trouvaient, dès 1881, excessifs.

C'est ainsi que M. Bozérian, suivant l'exemple que nous donnait sur ce point la Belgique (2), avait, lors de la discussion de la loi que nous examinons, proposé au Sénat l'adoption d'un paragraphe additionnel ainsi conçu :

« Les maris ne pourront retirer les sommes déposées par leurs femmes, qu'avec le consentement de celles-ci.

« En cas de désaccord entre la femme et le mari, ou d'impossibilité de rapporter le consentement de la femme, il sera statué en audience publique, les parties appelées par le juge de paix dans le ressort duquel se trouve la Caisse où doit s'opérer le retrait.

---

(1) Tribunal de Louviers, 5 mars 1892 (rapporté au *Journal du Notariat*, année 1892, p. 742).

(2) Article 45 de la loi belge du 16 mars 1865 sur la Caisse générale d'épargne et de retraite.

« La procédure aura lieu sans frais; tous les actes seront dispensés de timbre et enregistrés gratis.

« La décision du juge de paix ne sera susceptible d'aucun recours. »

C'était là une solution à la difficulté que nous prévoyions tout à l'heure : mais si ce paragraphe additionnel rencontra au Sénat, et notamment dans la Commission chargée de l'examen du projet Arthur Legrand, de chauds partisans, il ne fut admis ni par cette Commission ni par le Sénat, effrayés sans doute par la double dérogation à notre droit qu'il contenait: l'attribution à un juge unique, le juge de paix, de la connaissance de débats qui font partie du domaine de la juridiction des tribunaux, et l'atteinte réelle qu'en dehors de toute action judiciaire devant un tribunal, il portait aux droits du mari.

Mais le rejet de la proposition Bozérian ne rendait pas, quoiqu'on l'ait prétendu, complètement illusoire la loi telle qu'elle était votée :

La femme, en effet, lorsqu'elle craignait l'intervention d'un mari dont elle avait de bonnes raisons de se défier, se gardait bien de lui parler du livret qu'elle s'était fait délivrer : les versements et les retraits de fonds se faisaient à son insu, et, forte de cette ignorance, l'épouse pouvait continuer sa précieuse accumulation.

De plus, arrivât-il même à connaître l'existence du livret, le mari n'allait pas toujours jusqu'à user de l'opposition, dont la plupart du temps il ignorait le fonctionnement : c'était d'ailleurs là, dès 1881, un fait d'expérience que prouvait le nombre infime d'oppositions faites dans de semblables conditions en

Angleterre, en Belgique, en Italie, dans tous les pays enfin où la capacité de la femme mariée était déjà étendue pour ses rapports avec la Caisse d'épargne.

En outre, la loi du 9 avril 1881 pouvait rendre d'incontestables services lorsque le mari et la femme ne vivaient pas ensemble, soit que le mari eût disparu, abandonnant le foyer domestique, soit que les nécessités de la vie l'eussent obligé à se séparer momentanément des siens ; dans ce cas, la femme, sans être obligée de présenter une procuration de son mari, comme elle était tenue de le faire avant le vote de la loi, pouvait à son gré déposer et retirer des fonds à la Caisse d'épargne postale.

III

Malgré ces avantages, les modifications apportées au principe de l'omnipotence maritale en matière d'administration par la loi sur les Caisses d'épargne postales semblèrent — pour les raisons que nous avons indiquées — insuffisantes.

L'occasion se présenta pour nos législateurs de manifester à cet égard leur sentiment lorsque la Chambre et le Sénat furent appelés à examiner un projet règlementant le fonctionnement des Caisses d'épargne ordinaires, qui devint la loi du 9 avril 1895.

Présenté par le Gouvernement, ce projet comprenait un article 17 (devenu l'article 16 de la loi) dont la finale reproduisait textuellement le dernier paragraphe de l'article 6 de la loi du 9 avril 1881 ; elle

était, en effet, ainsi libellée : « *Les femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage, seront admises à se faire ouvrir des livrets sans l'assistance de leur mari; elles pourront retirer sans cette assistance les sommes inscrites aux livrets ainsi ouverts, sauf opposition de leur mari.* »

Lorsque ce projet arriva devant la Chambre des députés, M. Lavy demanda la suppression des mots : « *sauf opposition de leur mari* ».

« Ce n'est pas là, disait-il, une question politique. Il s'agit tout simplement de savoir si, du moment que vous autorisez les femmes mariées à avoir un livret de Caisse d'épargne et à faire des versements, vous ne devez pas leur concéder aussi le droit de retirer les fonds qu'elles ont versés (1). »

L'amendement accepté par la Commission fut adopté par la Chambre et le projet arriva devant le Sénat veuf du membre de phrase supprimé sur la demande de M. Lavy.

Mais, lors de sa discussion, le 23 novembre 1893 (2), M. le sénateur Chovet déposait un amendement tendant à rétablir le texte de l'article 16 tel qu'il avait été proposé primitivement par le Gouvernement, c'est-à-dire avec l'addition des mots « sauf opposition de la part du mari ». Cette proposition fit, avec d'autres, l'objet d'un premier rapport supplémentaire de M. Denormandie, sur lequel les idées d'émancipation féminine semblent avoir eu, depuis 1891, une cer-

---

(1) *Journal officiel,* Chambre des députés, *Débats parlementaires,* 1893, p. 932.

(2) *Journal officiel,* Sénat, *déb. parl.,* 1893, p. 1332.

taine prise, puisqu'il écrivait, le 16 février 1894, en proposant le rejet de l'amendement Chovet :

« Nous ne faisons pas ici du droit, nous ne faisons pas l'application rigoureuse des principes, nous faisons du fait. Nous intervenons sous l'empire d'une préoccupation de bienfaisance et de secours donnés à des mères de famille souvent bien éprouvées. »

Mais, dans un deuxième rapport supplémentaire, le 27 février suivant, l'honorable rapporteur revenait sur la suppression des mots, « sauf opposition de la part du mari », et, au nom de la Commission, proposait le texte suivant qui, accueilli définitivement par le Sénat et adopté sans discussion à la Chambre, forme les deux derniers alinéas de l'article 16 de la loi du 20 juillet 1895 :

« *Les femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage, seront admises à se faire ouvrir des livrets sans l'assistance de leur mari. Elles pourront retirer sans cette assistance les sommes inscrites aux livrets ainsi ouverts, sauf opposition de la part du mari. Dans ce cas, il sera sursis au retrait du dépôt et ce, pendant un mois, à partir de la dénonciation qui en sera faite, à la femme, par lettre recommandée, à la diligence de la Caisse d'épargne.*

« *Passé ce délai, et faute par la femme de s'être pourvue contre ladite opposition par les voies de droit, le mari pourra toucher seul le montant du livret si le régime sous lequel il est marié lui en donne le droit.* »

Si nous nous demandons maintenant quelles ont ont été les raisons qui ont fait adopter, en troisième délibération, par la Commission d'initiative parle-

mentaire du Sénat, le texte que nous venons de transcrire, nous les trouverons dans le désir de concilier les principes, — ces immuables principes du Code civil, auxquels M. Denormandie se défendait hautement, lui-même, de vouloir toucher, — avec la nécessité évidente et formelle d'une réforme réclamée par les meilleurs esprits.

Après la loi de 1881, en effet, nous l'avons vu, le mari pouvait se présenter quand il le voulait à la Caisse d'épargne, pour y toucher le montant du livret de sa femme, sa réclamation eût-elle été ou non précédée d'une opposition.

Grâce à la loi du 20 juillet 1895, cette faculté lui est refusée pendant le délai accordé à la femme, pour se pourvoir contre l'opposition de son mari. Et cette restriction apportée aux droits de celui-ci peut avoir une importance considérable.

Pour que le mari en effet puisse exercer le retrait des sommes déposées par sa femme, il lui faut, de toute nécessité, représenter le livret délivré par la Caisse d'épargne. Or, si la femme a de bonnes raisons de se défier de son mari, elle s'arrangera de façon à ne pas laisser tomber entre ses mains une pièce dont elle connaît parfaitement l'importance, si illettrée soit-elle.

Le mari n'aura donc que la ressource de faire une opposition entre les mains du directeur de la Caisse d'épargne. Que se passera-t-il alors? L'Administration devra aviser la femme par lettre recommandée de l'opposition qui lui a été signifiée et celle-ci aura un délai d'un mois pendant lequel elle pourra user des voies de droit et demander, si elle le juge néces-

saire, la séparation de biens. Durant ces trente jours, *les droits du mari seront suspendus*, il ne pourra toucher le montant du livret qu'il convoite : son omnipotence d'administrateur sera bridée.

Qu'arrive même l'expiration du délai d'un mois prévu par la loi et ses désirs ne seront pas nécessairement satisfaits. Fidèle à l'esprit de la loi du 20 juillet 1895, le Ministre du Commerce adressait, en effet, quelques jours après son vote, à tous les directeurs de Caisses d'épargne une circulaire relative à son application, où nous relevons le passage suivant :

« A l'expiration du délai d'un mois, s'il n'est intervenu aucun acte de la part de la femme, le mari pourra obtenir le remboursement du dépôt, mais sous les conditions suivantes :

« Il sera tenu en premier lieu de rapporter le livret qui forme le titre de la créance contre la Caisse d'épargne ; il ne lui en sera pas délivré de duplicata, attendu que le livret n'est ni perdu, ni adiré, ni volé, et qu'il se trouve entre les mains de la femme qui en est la titulaire et de laquelle il devra en obtenir la remise, par telles voies qu'il jugera convenables, sans que la Caisse ait à s'immiscer dans ces difficultés entre époux.

« Il aura, en second lieu, à établir son identité et sa qualité de mari de la titulaire, et il devra enfin justifier du droit, qu'il tient du régime matrimonial sous lequel il est marié, à obtenir le remboursement dudit livret et, par suite, qu'il n'est survenu, ni séparation de corps ou de biens, ni de divorce.....

« Vous devrez, en outre, exiger telles autres justifi-

cations complémentaires qui vous paraîtraient nécessaires pour effectuer valablement le remboursement entre les mains du mari (1) ».

Si la réforme introduite dans notre législation par la loi du 20 juillet 1895 n'avait pas été aussi complète que d'aucuns le désiraient, elle marquait pourtant, grâce à la bonne volonté gouvernementale, un sensible progrès...

Elle avait à un autre point de vue une importance plus grande encore : elle indiquait nettement le désir qu'avaient la Chambre et le Sénat de travailler à rendre meilleure la situation de la femme mariée dans les ménages pauvres (2).

IV

Nos législateurs devaient bientôt, en effet, abandonner la voie des réformes timides : la loi du 9 avril 1881, celle du 20 juillet 1895 n'étaient qu'un acheminement vers la théorie de la libre disposition pour la femme des fruits de son travail, les étapes d'une évolution législative nettement dessinée déjà dans presque tous les pays d'Europe où, comme en France, on pratique le régime de la communauté.

---

(1) Circulaire du Ministre du Commerce, adressée aux Directeurs des Caisses d'épargne, relative à l'exécution de la loi du 20 juillet 1895 (24 juillet 1895), S. 1895, p. 1168 et suivantes.

(2) Une disposition législative récente a encore étendu les pouvoirs de la femme mariée en matière d'épargne. L'art. 3 de la loi du 1er avril 1898, sur les Sociétés de secours mutuels, donne à la femme le droit de faire partie de ces Sociétés sans justifier de l'autorisation maritale.

Les exemples ne manquèrent pas à ceux qui firent valoir les réformes que des nations voisines de la nôtre avaient introduites dans leur législation pour la rendre plus conforme aux nécessités de la vie sociale actuelle.

Successivement, la Suède (1), le Danemark (2), la Norvège (3), le Grand-Duché de Finlande (4), le canton de Genève (5) avaient adopté des lois dont le but était, suivant l'expression de M. Bufnoir (6), de « greffer sur la communauté la réserve, au profit de la femme, d'un pécule provenant de ses gains personnels ». Le but que les législateurs de tous ces pays se sont proposé, c'est d'enlever aux pouvoirs d'administration et de disposition du mari les gains que peut faire la femme, grâce à une industrie, à un travail séparés, c'est d'édicter une exception formelle aux droits qu'a le mari comme administrateur de la communauté.

Il nous semble, et à cet égard nous sommes pleinement d'accord avec l'éminent jurisconsulte que nous venons de citer, que c'est l'article 31 de la loi norvégienne du 29 juin 1888, qui résume le plus parfaitement l'idée des diverses lois qui furent ainsi succes-

---

(1) Loi du 11 décembre 1874.

(2) Loi du 7 mai 1880. Voir *Annuaire de législation étrangère* 1881, p. 533.

(3) Loi du 29 juin 1888. Voir *Annuaire de législation étrangère* 1889, p. 762.

(4) Loi du 15 avril 1889. Voir *Annuaire de législation étrangère* 1890, p. 821-822.

(5) Loi du 7 novembre 1894. Voir *Bulletin de la Société de législation comp.* 1896, p. 168 et suivantes.

(6) *Bulletin de la Société de législation comp.* 1898, p. 171.

sivement appliquées. « La femme, dit cet article, a le droit, même lorsqu'il y a communauté et que par conséquent les produits de son travail personnel sont réellement communs, de disposer exclusivement tant de ce qu'elle gagne par son industrie que de tout ce qui est prouvé provenir de ses gains. Ces biens ne peuvent, du vivant de la femme et sans son consentement exprès, servir au paiement des dettes contractées par le mari. »

Les biens acquis par l'industrie séparée de la femme continuent à faire, en principe, partie de la communauté : on crée seulement pour ces biens un régime spécial d'administration. D'autre part, les bénéfices, réalisés par le concours commun des deux époux, sont soumis aux règles ordinaires de libre disposition du mari.

Une particularité de la loi génevoise, qui mérite d'être signalée, consiste à former des biens acquis par l'industrie de la femme une sorte de propres, auxquels ses héritiers succèdent en cas de renonciation, de leur part, à la communauté.

Et puisque nous parlons de cette loi du 7 novembre 1894, ajoutons qu'elle considère comme une raison suffisante de séparation de biens, le fait pour un mari de ne point entretenir sa femme et de ne pas élever ses enfants.

Forts de ces précédents, appuyés par un grand nombre d'hommes éminents qu'avait conquis une campagne vigoureusement menée, notamment par la *Ligue française pour le relèvement de la moralité publique*, nos législateurs décidèrent de s'avancer davantage dans la voie de l'émancipation de la femme.

Le 9 juillet 1894 deux propositions de loi furent déposées sur le bureau de la Chambre des députés : la première, « ayant pour but de protéger la femme contre certains abus de la puissance maritale », était présentée par MM. Louis Jourdan, Dupuy-Dutemps et Montaut(1) ; la seconde, « ayant pour objet d'assurer à la femme mariée la libre disposition des fruits de son travail », avait pour auteur M. Goirand.

Le titre même de ces deux propositions de lois en indiquait le but différent. M. Goirand, lui, voulait que la Chambre des députés décidât, en un article unique, que, quel que fût le régime adopté par les époux, la femme eût le droit de recevoir et de disposer librement des sommes provenant de son travail. Toutefois, il consentait à ce que les pouvoirs ainsi conférés à la femme ne fissent point échec aux droits des tiers sur les biens de la communauté.

Le projet de M. Louis Jourdan et de ses collègues était plus complexe ; il envisageait, en effet, deux situations : La première était celle où le mari, par son inconduite, mettait les intérêts du ménage en péril. Dans ce cas la femme pouvait obtenir, par une simple demande en justice, le droit de toucher elle-même les produits de son travail et d'en disposer à sa guise. Ce que l'on voulait, c'était donner à la femme, sans passer par la séparation de biens, un droit de libre disposition sur les sommes qu'elle recueillait grâce à un travail ou à une industrie séparés. Mais, — et c'est là ce qui distinguait nettement la proposi-

(1) Cette proposition avait été préparée par MM. Glasson et Jalabert, auxquels doit en aller l'honneur.

tion de MM. Louis Jourdan, Dupuy-Dutemps et Montaut, de celle faite par M. Goirand, — ce droit la femme ne devait pas en jouir *de plano*. Pour l'obtenir, elle était obligée de s'adresser à la justice qui, suivant les cas, pouvait accorder ou refuser la faculté demandée.

Quel progrès cette innovation devait-elle réaliser? C'est ce qu'on comprendra lorsque nous aurons dit que MM. Jourdan et consorts faisaient introduire la demande de la femme, non pas devant le tribunal civil, mais devant le juge de paix du domicile du mari et que leur projet contenait toute une série de simplifications judiciaires dont nous parlerons tout à l'heure.

La deuxième hypothèse envisagée par cette proposition de loi était celle de la femme abandonnée par son mari. Ici la situation change : ce n'est plus contre les abus de la puissance maritale qu'il faut protéger la femme, c'est contre la misère : il ne s'agit plus d' « émancipation » mais de « protection ». La situation de la femme est, en effet, dans le cas que nous examinons en ce moment, particulièrement intéressante : son mari l'a quittée un beau jour, sans motif plausible, peut-être sans lui rien dire. Chargée d'enfants, elle peine sans trêve et sans repos pour les nourrir : mais, quelle que soit sa bonne volonté, son pauvre salaire est insuffisant pour subvenir aux besoins des siens. Et, pendant ce temps, le mari, le père, débarrassé du poids d'une famille nombreuse qu'il ne voulait plus entretenir, jette au vent cet argent qui pourrait empêcher sa femme et ses enfants de mourir de faim.

Dans des circonstances analogues, comme le faisait

fort justement remarquer la Ligue française pour le relèvement de la moralité publique, les femmes d'une certaine condition sociale ont recours à la séparation de corps qui entraîne la séparation de biens. Leur dot leur est rendue, le mari est forcé de contribuer, s'il y a lieu, à leur entretien, et, dans tous les cas, à celui des enfants. Mais le remède de la séparation de corps n'est guère à l'usage des classes laborieuses. Non seulement il implique une instance longue, onéreuse, compliquée, mais il consacre légalement un état de choses dont la femme, dans l'intérêt des enfants, espère toujours voir la fin avec l'âge, à la suite des déceptions.

MM. Louis Jourdan, Dupuy-Dutemps et Montaut proposèrent donc que la femmme pût obtenir dans ce cas du juge de paix, outre le droit de disposer des produits de son travail, un jugement l'autorisant à saisir-arrêter et à toucher une partie des salaires ou des émoluments du mari proportionnelle à la charge de la femme et au nombre de ses enfants.

Leur projet n'eût pas été complet si les trois honorables députés n'avaient simplifié, autant que cela était possible, les formalités que la femme devait remplir pour obtenir ainsi, soit la libre disposition des fruits de son travail personnel, soit une part des salaires de son mari.

Deux choses arrêtent généralement les plaideurs : les longueurs de la procédure et les frais : M. Louis Jourdan et ses collègues, en étendant sur ces deux points la compétence du juge de paix et en lui donnant la connaissance d'affaires qui, si on avait appliqué les principes, auraient dû être portées devant les

tribunaux civils, s'occupèrent aussi de rendre moins longues et moins onéreuses les formalités à remplir par l'épouse pour obtenir l'un ou l'autre privilège.

Le mari et la femme devaient être appelés devant le juge de paix par un simple billet d'avertissement sur papier libre, adressé, sous la forme d'une lettre recommandée, par le greffier de la justice de paix. Sauf le cas d'empêchement, le mari et la femme devaient comparaître en personne.

Le jugement rendu par le juge de paix était immédiatement exécutoire nonobstant opposition ni appel. De plus, la simple signification de ce jugement au mari et à son patron, ou, d'une façon générale, au créancier d'émoluments, devait valoir saisie-arrêt et donnait à la femme le droit de toucher, sans autre formalité, la part des salaires ou des émoluments du mari qui lui avait été attribuée. Enfin tous les actes de procédure, les jugements et les significations prévus par la proposition de MM. Jourdan et consorts, devaient être dispensés des droits de greffe, de timbre et d'enregistrement.

Renvoyées toutes les deux en 1894 à la Commission d'initiative parlementaire, les propositions de loi que nous venons d'analyser sommairement revinrent devant la Chambre le 27 février 1896.

Mais, dans l'intervalle les deux projets avaient été fondus en un seul et c'est dans le sens des idées les plus larges d'extension du droit des femmes que la Commission avait tranché la question.

Si les dispositions de la proposition Louis Jourdan, relatives au cas d'abandon par le mari du domi-

cile conjugal, trouvaient leur place dans le projet soumis à la Chambre avec toutes ses clauses accessoires relatives à la compétence et à la simplification de la procédure, l'article premier, relatif à la possibilité pour la femme d'obtenir de la justice le droit de toucher elle-même les produits de son travail et d'en disposer librement, avait subi une complète refonte. Ce qui en effet avait prévalu dans le sein de la Commission, c'était l'idée que la femme, indépendamment de toutes questions de fait à trancher par une juridiction quelconque, devait avoir le droit de recevoir et d'employer librement les fruits de son industrie séparée. C'était la dominante de la proposition Goirand qui triomphait.

Toutefois l'article Ier de la Commission déclarait que cette disposition n'était pas applicable aux gains résultant du travail commun des deux époux dont la disposition restait ainsi au mari seul. De plus, et c'est ici surtout qu'on rentrait dans le droit commun, il stipulait que les biens acquis par la femme avec ses gains personnels devaient appartenir à la communauté. C'était décider que les droits de la femme sur le produit de son travail cesseraient du jour où elle en aurait fait l'emploi.

Maîtresse absolue de toucher son salaire et de percevoir les sommes qui pourraient lui être dues par suite de l'exercice d'une profession ou d'une industrie séparées, la femme aurait le droit de faire des sommes ainsi touchées l'emploi qu'elle jugerait convenable. Mais cela fait, les privilèges du mari redeviendraient entiers et il aurait, sur les biens acquis des deniers de la femme, les droits que lui donne le régime qui

règle l'union des deux époux. Tous les autres articles de la proposition Louis Jourdan étaient repris et figuraient — avec quelques changements de rédaction bien nécessaires! — dans le projet de la Commission.

Toutefois, celle-ci, pour ne pas sembler trop favoriser l'épouse au détriment de l'époux, intercala à la suite de l'article 3 de la proposition de MM. Jourdan, Dupuy-Dutemps et Montaut (devenu l'article 2 de la proposition définitive) un paragraphe destiné à donner au mari, en cas d'abandon du domicile conjugal par la femme, le droit de réclamer du juge de paix l'obtention d'une portion des revenus de la femme si celle-ci ne subvenait pas « spontanément et dans la mesure de ses facultés » aux charges du ménage. Mais cette demande du mari ne devait être prise en considération — contrairement à ce qui se passe pour la femme — qu'en cas d'existence d'enfants.

Accepté par le Gouvernement, soumis à la Chambre des députés le 27 février 1896, le projet de la Commission chargée d'examiner les propositions Louis Jourdan et Goirand, après avoir obtenu la déclaration d'urgence, fut adopté à une belle majorité (1).

---

(1) Voir le texte proposé par la Commission et accepté par la Chambre des députés au *Journal officiel* du 28 février 1897, *Débats parlementaires*, page 313 :

« Article premier. — Quel que soit le régime adopté par les époux, la femme a le droit de recevoir, sans le concours de son mari, les sommes provenant de son travail personnel et d'en disposer librement. La présente disposition n'est pas applicable aux gains résultant du travail commun des deux époux.

« Les biens acquis par la femme avec ses gains personnels appartiennent à la communauté. »

Il sera sans doute prochainement examiné par le Sénat, mais nous doutons fort qu'il soit adopté tel quel par la Chambre haute.

Outre les objections que la question de principe ne manquera pas d'y rencontrer et qui, auprès d'une Assemblée qui représente chez nous les idées conservatrices, prendront une importance sans doute considérable, il est probable que de sérieuses observations seront faites sur quelques questions pratiques soulevées par le projet.

Il en est une que notre étude sur les Caisses d'é-

« Article 2. — En cas d'abandon par le mari du domicile conjugal la femme peut obtenir du juge de paix l'autorisation de saisir-arrêter et de toucher des salaires ou des émoluments du mari une part en proportion de ses besoins et du nombre de ses enfants.

« Le même droit appartient au mari, en cas d'existence d'enfants, si la femme ne subvient pas spontanément, dans la mesure de ses facultés, aux charges du ménage. »

« Article 3. — Le mari et la femme sont appelés devant le juge de paix par un simple billet d'avertissement du greffier de la justice de paix, sur papier libre, en la forme d'une lettre missive recommandée à la poste. »

« Article 4. — Le mari et la femme doivent comparaître en personne, sauf le cas d'empêchement justifié. »

« Article 5. — La signification au conjoint et au tiers débiteur du jugement autorisant l'un des époux à toucher une partie des salaires ou émoluments de son conjoint, vaut attribution à son profit des sommes dont la saisie a été autorisée, sans qu'il soit besoin d'aucune autre procédure.

« Article 6. — Tous les jugements rendus en ces matières sont essentiellement provisoires. Ils sont exécutoires nonobstant opposition ou appel. »

« Article 7. — Les actes de procédure, les jugements et les significations nécessaires pour l'exécution de la présente loi sont dispensés des droits de greffe, de timbre et d'enregistrement. »

pargne nous suggère immédiatement, c'est la question de savoir comment seraient considérées, après le vote de la loi projetée, les sommes figurant sur un livret inscrit au nom de la femme. Devront-elles rester à la disposition de l'épouse sans que jamais le mari puisse se les approprier? seront-elles considérées comme représentation du salaire lui-même, ou comme « réserve », ou comme une somme dont il serait déjà fait emploi ? L'une et l'autre opinion se peuvent soutenir et il y a là déjà, dans un domaine qui nous est plus familier, une discussion possible puisque rien dans le texte de la loi, sinon dans son esprit, ne permet de trancher la question dans un sens ou dans l'autre.

Et si même nous la supposons résolue dans le sens de l'extension des droits de l'épouse, si nous décidons que ces sommes doivent être laissées à la disposition de la femme pendant sa vie, irons-nous jusqu'à les considérer comme des propres si celle-ci vient à décéder sans enfants ? Pourrons-nous prétendre que, quoique faisant comme tous les acquêts, partie de la communauté, elles doivent néanmoins, par une exception dont l'utilité ne se concevrait plus, être séparées du patrimoine commun et attribuées exclusivement aux héritiers de la femme sans que le mari puisse en réclamer la moindre part ? La question, on le voit, est importante : il serait à désirer que nos législateurs y répondissent (1).

---

(1) Dès à présent les critiques les plus vives sont adressées par les féministes au projet adopté par la Chambre : il apparaît, en réalité, comme un régime transitoire entre notre Code civil

Quoi qu'il en soit, nous voulons espérer que, sous bénéfice de l'examen de ces points de détail, le Sénat votera soit le projet de la Commission soit la proposition Louis Jourdan, soit toute autre disposition analogue (1).

Une réforme de notre Code civil, nous croyons l'avoir démontré, s'impose tant au point de vue des droits de la femme sur les produits de son travail qu'à celui de sa protection contre les abus de la puissance maritale.

Il y a une utilité sociale à l'accomplir le plus tôt possible.

V

C'est volontairement qu'abandonnant l'ordre chronologique nous avons réservé jusqu'à présent l'étude d'une loi qui rentre dans l'ordre d'idées qui nous occupe : nous voulons parler de la loi du 20 juillet 1886 sur la Caisse des retraites pour la vieillesse.

Il nous a, en effet, semblé préférable de grouper

---

et le système de libre disposition que nous avons vu adopter autour de nous par un certain nombre de législations étrangères entrées plus résolument que la nôtre dans la voie des réformes.

(1) M. Cauwès, dans une très intéressante brochure sur la *Protection économique des intérêts de la femme mariée*, propose de décider que, lors de la célébration du mariage, l'officier de l'état-civil adressera aux époux la question de savoir s'ils entendent que la femme ait ou non la disposition des produits de son travail. Suivant la réponse qui lui serait faite, le régime de la communauté s'appliquerait ou non avec toute sa rigueur.

d'abord les diverses dispositions ayant pour but nettement indiqué d'étendre les droits de la femme sur les fruits de son travail, pour ne parler qu'ensuite d'une loi qui peut être très intéressante au point de vue de ses résultats, mais dont les parties les plus importantes n'ont pas été inspirées par les mêmes préoccupations que celles que nous venons d'examiner.

Il semblerait pourtant, à la lecture de l'article 13 de la loi du 20 juillet 1886, que celle-ci marque une « victoire féministe ».

Qu'on en juge :

« Article 13. — Les versements (effectués à la Caisse des retraites) peuvent être faits au profit de toute personne âgée de plus de 3 ans.

« Les versements opérés par les mineurs âgés de moins de 16 ans doivent être autorisés par leur père, mère ou tuteur.

« Le versement opéré antérieurement au mariage reste propre à celui qui l'a fait.

« Les femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage, sont admises à faire des versements sans l'assistance de leur mari.

« Le versement fait pendant le mariage par l'un des deux conjoints profite séparément à chacun d'eux par moitié.

« Peut néanmoins profiter à celui des conjoints qui l'effectue, le versement opéré après que l'autre conjoint a atteint le maximum de rente ou après que les versements faits dans l'année au profit exclusif de celui-ci, soit antérieurement au mariage, soit par donation, ont atteint le maximum des versements annuels.

« Le déposant marié qui justifiera soit de sa séparation de corps, soit de sa séparation de biens contractuelle ou judiciaire sera admis à effectuer des versements à son profit exclusif.

« En cas d'absence ou d'éloignement d'un des deux conjoints depuis plus d'une année, le juge de paix peut accorder l'autorisation de faire des versements au profit exclusif du déposant.

« Sa décision peut être frappée d'appel devant la Chambre du conseil du tribunal de première instance. »

Ce qui à première vue frappe dans cet article, c'est, d'une part, le paragraphe 3 qui signifie que, contrairement aux règles du Code civil en matière de communauté, les versements faits à la Caisse des retraites pour la vieillesse avant le mariage restent propres à l'époux qui les a effectués; c'est d'autre part le paragraphe 8 qui autorise l'un des époux, en cas d'absence ou d'éloignement de son conjoint depuis plus d'un an, à demander au juge de paix l'autorisation de faire des versements à son profit exclusif, et le paragraphe 9 qui règle l'appel de la décision du juge.

Or, ces dispositions sont empruntées à la loi initiale créant la Caisse des retraites, la loi du 18 juin 1850 (1), et c'est ce dont ne se sont pas aperçus

---

(1) Loi du 18 juin 1850. Article 4: « Le versement opéré antérieurement au mariage reste propre à celui qui l'a fait.

« Le versement fait pendant le mariage par l'un des deux conjoints profite séparément à chacun d'eux par moitié.

« En cas de séparation de corps ou de biens, le versement postérieur profite séparément à l'époux qui l'a opéré.

« En cas d'absence ou d'éloignement d'un des deux conjoints

un certain nombre d'auteurs qui attribuent au législateur de 1886 une réforme réalisée bien avant lui.

Quant aux mobiles qui guidèrent les auteurs de la loi de 1850 ils sont passablement terre à terre. La lecture du rapport présenté à l'Assemblée nationale législative, le 6 octobre 1849, par M. Benoist d'Azy, au nom de la Commission chargée d'examiner la proposition de loi, le prouve surabondamment.

Le rapporteur y explique, en effet, que c'est l'impossibilité matérielle de faire au décès de l'un des époux un calcul exact ou même approximatif de reversibilité qui a fait décider que les versements effectués avant le mariage par l'un des époux lui resteraient propres. « Nous avons pensé, disait-il, que la meilleure solution était de faire de la pension de la femme, comme de celle du mari, deux titres séparés s'accroissant séparément et profitant à chacun d'eux comme s'ils n'étaient pas unis (1). »

Quant à la disposition relative à la possibilité par l'un des époux, d'obtenir du juge de paix l'autorisation de faire, en cas d'éloignement ou d'absence de son conjoint, des versements à son profit exclusif, elle est justifiée par cette phrase : « L'un des deux époux ne peut être obligé de concourir à accroître la pension future du conjoint qui l'a abandonné (2). »

---

depuis plus d'une année, le juge de paix pourra, suivant les circonstances, accorder l'autorisation de faire des versements au profit exclusif du déposant.

« La décision pourra être frappée d'appel devant la Chambre du Conseil ». S. 1850, p. 142.

(1) *Moniteur universel* du 23 octobre 1849, p. 3297, 2e vol.

(2) *Moniteur universel,* mêmes numéro, page et volume.

Nous admettons volontiers qu'en reproduisant dans son entier l'article 4 de la loi de 1850, le législateur de 1886 pouvait être guidé par des considérations un peu différentes, mais rien dans la discussion de la loi, soit à la Chambre, soit au Sénat, ne nous permet de l'affirmer.

Quant aux dispositions nouvelles que contient l'article 13, elles se réduisent à peu de chose.

La loi de 1881 ayant donné à la femme le droit de déposer des fonds à la Caisse d'épargne et de les retirer sans l'assistance de son mari, il était logiquement nécessaire, indispensable, de reproduire dans la loi de 1886 l'autorisation qui figurait dans celle de 1881. C'est ce qui fut fait.

Si ensuite nous faisons remarquer que le § 7 de l'article 13 de la loi nouvelle, relatif au droit pour l'époux séparé de biens d'effectuer des versements à son profit exclusif, n'est qu'une application tellement naturelle des principes, qu'à défaut de texte la jurisprudence n'eût pas manqué de la proclamer, nous voyons que l'innovation du législateur de 1886 se borne en réalité à ce paragraphe : « Peut néanmoins profiter à celui des conjoints qui l'effectue, le versement opéré après que l'autre conjoint a atteint le maximum de rente ou après que les versements faits dans l'année au profit exclusif de celui-ci, soit antérieurement au mariage, soit par donations, ont atteint le maximum des versements annuels. »

Que signifie ce texte qui ne brille ni par la clarté, ni par la correction juridique ? C'est ce que nous allons brièvement examiner. Le législateur de 1886, nous l'avons vu, avait reproduit la règle posée par

l'Assemblée législative de 1849, à savoir que tous les versements faits soit par le mari soit par la femme pendant le mariage se diviseraient de plein droit par moitié. C'était l'application d'une règle fort juste, basée sur les principes du Code civil en matière de communauté.

Or, après avoir édicté cette obligation absolue d'une division par moitié, on se demanda s'il ne se présenterait pas des cas où, le partage étant impraticable, son impossibilité entraînerait, par voie de conséquence, la cessation forcée des versements de l'un et de l'autre époux. On en découvrit deux. Les articles 6 et 7 de la loi sur la Caisse des retraites pour la vieillesse fixent en effet à douze cents francs le plus haut chiffre de rente qu'elle peut servir à un même individu (1) et à mille francs le maximum des versements autorisés pour une seule personne pendant un an (2).

Si donc on suppose qu'un des conjoints, ayant fait des versements antérieurs au mariage, atteint avant l'autre le chiffre de douze cents francs de rente, il eût été impossible, en appliquant rigoureusement le paragraphe 5 de l'article 13, d'accepter les versements de celui-ci, quand bien même son chiffre de rente eût été très éloigné du maximum.

Cela était absolument inadmissible, puisqu'on arrivait à cette conséquence que, plus la position de l'un des époux vis-à-vis de la Caisse des retraites était brillante, plus celle de son conjoint devait rester in-

(1) Loi du 20 juillet 1886, article 6.
(2) Loi du 20 juillet 1886, article 7.

fime. Le législateur de 1886 autorisa donc la continuation des versements au profit de celui des époux qui n'aurait pas encore atteint le chiffre maximum de rente.

En ce faisant, il se bornait à rentrer dans le principe : si le conjoint qui avait atteint le maximum de rente pouvait en jouir exclusivement c'était, nous l'avons indiqué, en vertu d'une violation de la règle qui, si le mariage a lieu sans contrat, fait tomber dans la communauté tous les meubles des deux époux.

Permettre l'égalisation de rentes c'était pallier les effets d'une innovation qui avait été uniquement motivée par l'impossibilité matérielle où l'on était de procéder autrement.

Examinons maintenant la seconde hypothèse. Elle comporte deux parties. Dans l'année où son mariage a eu lieu, et avant la célébration, l'un des époux, le mari par exemple, a fait un versement à la Caisse des retraites pour la vieillesse, la femme n'en a point fait ou en a fait un d'une moindre importance. En appliquant l'article 7, on eût été obligé de refuser toute somme dépassant le double (moitié pour chaque époux) du complément nécessaire pour parfaire, au compte du mari, la somme de mille francs.

Seconde partie de l'hypothèse : un tiers a, pendant le mariage, fait une donation à l'un des époux en opérant pour son compte exclusif un versement à la Caisse des retraites. Là encore, le conjoint moins favorisé n'eût pu effectuer le dépôt que d'une somme peut-être inférieure à celle fixée par l'article 7.

En décidant que, dans les trois cas que nous ve-

nons d'examiner, le privilège de l'un des époux ne porterait pas atteinte aux droits de son conjoint, le législateur de 1886 a incontestablement fait preuve de prévoyante utilité ; il nous semble impossible de prétendre qu'il ait réellement innové.

CHAPITRE VII

DROIT POUR LA FEMME D'ÊTRE TÉMOIN

Les modifications apportées au Code civil par les diverses lois que nous avons étudiées jusqu'ici ont toutes trait à la situation de la femme mariée. Réduire à des proportions plus équitables la puissance maritale, en supprimer les abus, effacer quelques-unes des inégalités les plus choquantes qui existaient entre mari et femme, tel est le but qu'a poursuivi notre législateur en introduisant dans nos lois les dispositions nouvelles que nous venons de passer en revue.

Mais, en dehors des liens matrimoniaux, existaient des inégalités et existent encore dans l'œuvre du législateur de 1803 qui ont pour fondement unique la différence de sexe : les incapacités qu'elles édictent contre la femme sont absolument indépendantes de sa qualité d'épouse.

De ce genre était indiscutablement l'interdiction faite à la femme, qu'elle fût fille majeure, épouse, femme divorcée ou veuve, de figurer comme témoin, soit dans les actes de l'état-civil, soit dans les actes notariés. Or cette incapacité a subsisté dans notre

Code jusqu'au mois de décembre 1897 sans que rien pût la justifier, si ce n'est une tradition dont nous allons rapidement exposer le genèse :

I

Pour trouver l'origine de l'exclusion des femmes du droit d'être témoin, il faut remonter au vieux Droit romain, à cette période où l'infériorité de la femme était à ce point considérée comme un axiome, qu'on ne lui accordait, à aucun moment de son existence, l'exercice des droits civils. Les raisons qui avaient amené le législateur de la Rome antique à créer la tutelle perpétuelle des femmes devaient fatalement le conduire à exclure celles-ci des offices virils (1). Est-il besoin de rappeler que ces *officia virilia* étaient des droits purement civils que le Droit romain assimilait aux droits publics parce que, suivant l'excellente raison qu'en donne, dans son beau livre sur *la Condition privée de la femme,* le regretté M. Paul Gide, « leur exercice aurait entraîné la femme, sinon dans la vie publique, du moins dans la vie du dehors, et l'aurait fait sortir du gynécée ou de *l'atrium*, où les mœurs antiques la tenaient confinée ». Or, au rang des offices virils figuraient, à côté notamment du droit d'être tuteur, celui d'être *libripens* ou témoin dans un testament et celui d'être témoin dans une mancipation. Très anciennement même on alla jusqu'à refu-

(1) *Feminæ ab omnibus officiis civilibus, vel publicis remotæ sunt* (Ulpien, L. 2, D., *De regul. juris*).

ser le témoignage des femmes en justice, et si on les admit plus tard à comparaître devant les tribunaux, les mœurs continuèrent à réprouver qu'elles vinssent en justice pour leur propre compte.

Mais avec le temps la condition des femmes s'améliore. Au x^e^ siècle, l'empereur Léon leur reconnaît le droit de témoigner dans les actes de naissance ; il va même plus loin puisqu'il leur réserve le privilège exclusif d'être témoins dans les actes de l'état civil s'il s'agit de leur propre enfant (1).

Le droit canonique était, lui aussi, libéral en cette matière ; il admettait l'égalité des deux sexes au point de vue civil : le parrain et la marraine remplissaient également les deux fonctions de déclarant et de témoin dans les actes de naissance. En ce qui concerne le mariage, un décret du Concile de Trente demandait uniquement que la déclaration des époux de se prendre pour mari et femme fût faite devant un prêtre et deux ou trois témoins sans exiger que ceux-ci fussent du sexe masculin. Les canonistes en tirèrent cette conclusion que les femmes pourraient être témoins d'un mariage à la condition d'avoir l'âge requis, de connaître les contractants et d'être de mœurs irréprochables.

Notre ancien droit s'était conformé à cette tradition : les ordonnances, pour les actes de baptême qui tenaient alors lieu d'actes de naissance, et pour les actes de sépulture, qui remplaçaient les actes de

---

(1) « *In rebus autem peculiaribus ad ipsas pertinentibus,* dit la Constitution 48, *quibusque interesse viris fas non est, de partu loquor et si cui rei alii, sola mulier adhibetur testis.* »

décès, mettaient les deux sexes sur la même ligne. Pour les actes de mariage, l'ordonnance du mois d'avril 1667 se bornait à exiger qu'ils fussent dressés en présence de quatre témoins dignes de foi sans rien préciser quant à leur sexe.

Mais les commentateurs, fidèles aux idées romaines, interprétèrent bientôt, dans un sens défavorable aux femmes, cette imprécision des anciennes ordonnances royales relativement au droit de témoignage et leur refusèrent le droit d'assister comme témoins aux actes publics. Bien que l'ordonnance de 1304, la première qui réglementât le notariat, eût uniquement exigé que les actes fussent passés *coram testibus notis ac etiam fide dignis,* les mêmes interprètes se prononçaient ici encore pour l'incapacité des femmes. « Nos vieux légistes, qui auraient volontiers refait sur le modèle romain la société tout entière, restèrent, dit M. Paul Gide, étroitement attachés à la doctrine des Pandectes et inscrivirent dans nos coutumes « *Femme si doit garder l'hôtel, le feu et les enfants* ». Loin d'abolir ou de restreindre les incapacités du droit romain, ils s'appliquèrent à les étendre. Ils allèrent jusqu'à refuser son témoignage en justice. En vain, dès le moyen-âge, les ordonnances de nos rois condamnèrent-elles cette pratique pernicieuse et contraire au sens commun ; en 1686, au temps de Mme de Sévigné et de Mme de Lafayette, comme on l'a finement remarqué, un juriste osait encore écrire que le témoignage de trois femmes n'avait pas plus de valeur que celui de deux hommes. » (1)

(1) P. Gide, *op. cit.*, p. 421.

Notre droit intermédiaire amena, sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, une excellente réaction. Les Codes issus de la Révolution française consacrèrent, en effet, au point de vue du témoignage, l'égalité civile des deux sexes. Le décret des 20-27 septembre 1792, titre III, article 1er, portait : « Les majeurs de l'un et de l'autre sexe peuvent être témoins dans les actes de l'état civil. » Un peu plus tard, le troisième projet de Code civil, présenté par Cambacérès à la Convention, contenait la disposition suivante, où l'on chercherait en vain une restriction relative à la femme : « ART. 27. — Les actes inscrits sur les registres publics sont reçus en présence de deux témoins âgés de 21 ans au moins et choisis par les déclarants : ces témoins doivent savoir signer. » La pratique introduisit bientôt dans les mœurs l'exercice par les femmes du droit de témoignage : c'est ainsi qu'on a, lors de la discussion de la loi du 7 décembre 1897, cité l'acte de naissance de Victor Hugo signé par Mme Marie-Anne Dessirier, épouse du colonel Jacques Delelée, le 8 ventôse an X, et celui d'une tante de M. Frédéric Passy, daté du 7 floréal an IV, dans lequel figure comme témoin l'arrière-grand'mère de l'éminent membre de l'Institut (1).

Mais cette législation juste et rationnelle fut abandonnée par les auteurs du Code civil. C'est en vain qu'on a recherché les raisons qui amenèrent le législateur de 1803, alors qu'il avait sous les yeux les exemples que nous venons de rapporter, à préférer au

(1) Voir aussi un intéressant arrêt de la Cour de cassation du 28 floréal an XI, rapporté au Sirey, 1791. — an XII, p. 803 et 804.

système de la capacité de la femme celui de l'incapacité et à consacrer ainsi une tradition surannée. Rien dans les travaux préparatoires ne fournit d'indications à cet égard : aussi un juriste éminent, notre contemporain, s'est-il cru autorisé à affirmer que le droit d'être témoin dans les actes de l'état civil avait été enlevé aux femmes par surprise.

Ce qui semble dans une certaine mesure justifier cette opinion, c'est que le projet primitif de l'article 37 reproduisait le système consacré par le décret des 20-27 septembre 1792 et qu'on ne saurait attribuer une influence décisive à un propos tenu au Conseil d'État par Thibaudeau : celui-ci, en effet, lors de l'examen de cet article, s'était borné à faire observer que, d'après la déclaration de 1736, le parrain et la marraine étaient en même temps déclarants et témoins et qu'il y avait lieu d'exiger à l'avenir que les deux fonctions fussent séparées, la présence des témoins étant indispensable pour la solennité de l'acte.

Quelque portée qu'ait pu avoir cette réflexion, le Code civil, sous sa forme définitive, refusait aux femmes le droit d'être témoins dans les actes de l'état civil, et après lui la loi du 25 ventôse an XI, organique du notariat, suivant les mêmes errements, rejeta formellement leur témoignage dans les actes notariés.

II

Le siège de la matière se trouvait :

1° Dans les articles 37 et 980 du Code civil ainsi conçus : « Article 37. — *Les témoins produits aux actes de l'état civil ne pourront être que du sexe mas-*

culin, âgés de vingt-un ans au moins, parens et autres, et ils seront choisis par les personnnes intéressées » ;

« Article 980. — *Les témoins appelés pour être présents aux testaments devront être mâles, majeurs, sujets du Roi (républicoles), jouissant des droits civils.* »

2° Et dans les articles 9 et 11 de la loi du 25 ventôse an XI que nous transcrivons également :

« Article 9. — *Les actes seront reçus par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins, citoyens français, sachant signer, et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte sera passé.* »

« Article 11. — *Le nom, l'état et la demeure des parties devront être connus des notaires, ou leur être attestés dans l'acte par deux citoyens connus d'eux, ayant les mêmes qualités que celles requises pour être témoins instrumentaires.* »

Si ces différents textes n'étaient pas d'accord pour fixer d'une façon uniforme les qualités nécessaires pour être témoin dans un acte soit de l'état civil, soit notarié, ils étaient unanimes pour exclure la femme de cette fonction.

De ce fait existait, chez nous, un système bizarre, hétéroclite, que les jurisconsultes essayaient en vain de justifier.

Ne pouvant pas, n'osant pas généraliser et enlever à la femme, d'une façon absolue, le droit d'être témoin, nos Codes lui reconnaissaient le pouvoir de venir en justice affirmer certains faits : au civil comme au criminel, la femme était admise à déposer ; devant la cour d'assises aussi bien que devant le tribunal de première instance, son témoignage était accueilli au même titre que celui de l'homme. Il suffisait pour

faire punir ou absoudre. Et cette même femme, qui pouvait ainsi faire tomber la tête d'un prévenu ou le faire condamner aux peines les plus graves, ne pouvait certifier devant un officier de l'état civil la naissance d'un enfant.

Cette contradiction était frappante : elle n'arrêta pas les commentateurs de notre Code civil qui prétendirent la justifier.

On ne pouvait ici, de toute évidence, invoquer ni l'inexpérience de la femme ni sa faiblesse physique. Le fait d'être témoin dans un acte de l'état civil ou dans un acte notarié n'exige, semble-t-il, ni des connaissances spéciales, ni une intelligence masculine, pas plus d'ailleurs qu'une dépense prodigieuse de force cérébrale ou musculaire. Le témoignage de la femme ne pouvait pas davantage être refusé pour des raisons de haute décence : le fait de déclarer la naissance ou le décès d'un membre de sa famille, celui même de garantir par sa signature la validité d'un testament, ne semblaient pas présenter des dangers imminents au point de vue de la *pudicitia* chère aux Romains. Il fallait trouver une autre raison ; on la trouva.

Certains auteurs, en effet, déclarèrent que le fait d'être témoin dans un acte authentique équivalait à une participation à l'exercice même de la fonction publique. « Etre témoin dans un acte de naissance ou de mariage, dans un testament ou dans un acte de donation, a dit spirituellement M^lle^ Jeanne Chauvin, pour ces auteurs-là, c'est être un peu officier de l'état civil, c'est être un peu notaire. Or, des femmes ne peuvent être ni l'un ni l'autre ». Elle n'exagérait

pas. « *Les témoins représentent la société* », disait M. Laurent, dans ses *Principes de Droit civil* (1), et Massé et Vergé, sur Zachariæ (2), répétaient après lui : « *Les témoins se trouvent être momentanément les dépositaires de la puissance publique* ».

C'était là une idée inexacte, et le rôle attribué par ces auteurs aux témoins était purement imaginaire.

La présence de ceux-ci n'est, en effet, requise que pour garantir la vérité de faits matériels. Dans les actes de l'état civil, les témoins interviennent pour affirmer la qualité des comparants ou déclarants et pour certifier la véracité de leurs dires. Seul l'officier de l'état civil confère à l'acte le caractère d'authenticité que la loi lui reconnaît. De même dans les actes notariés, que les témoins soient instrumentaires ou certificateurs, leur rôle, au point de vue du caractère de l'acte, reste le même : ici encore c'est la présence du notaire seul qui rendra l'acte authentique, qui lui donnera sa forme solennelle. « Si le fait d'être témoin, a-t-on dit fort justement, est une participation à l'exercice de la fonction publique, pourquoi alors s'arrêter en si beau chemin, pourquoi ne pas étendre la théorie aussi aux décisions des juges ?

Les témoins qui déposent en Cour d'assises ou devant les Tribunaux civils participent, eux aussi, au fonctionnement de la justice ; ne contribuent-ils pas à former la conviction des juges ? Ils sont donc un peu juges, un peu magistrats ! »

« La vérité, d'après nous, dit aussi M. Ingelbrecht

---

(1) Tome II, p. 40.
(2) Tome III, p. 102.

dans un excellent article sur la loi du 7 décembre 1897 (1), c'est que, pas plus que le témoin devant le tribunal civil, en correctionnelle ou devant les assises, le témoin aux actes privés ou publics et aux testaments n'exerce une véritable fonction publique, ne met en action une parcelle de la souveraineté nationale. Qu'ils aient donc pour mission d'assurer la libre volonté du testateur, d'attacher la foi nécessaire à un fait de naissance ou de décès, qu'ils arrivent à compromettre gravement par leur attestation le patrimoine ou la vie même de leurs semblables, leur rôle est identique, la gravité de l'acte à accomplir est la même. L'intérêt public, la morale sociale, sont certainement engagés, aussi bien dans le témoignage ordinaire que dans celui aux actes ou aux testaments. Pas plus dans une hypothèse que dans l'autre, nous ne sommes en présence d'une véritable fonction publique. Il y a là un simple service civil, mais, dans tous les cas, d'une haute gravité, voilà tout. »

Nos codes ont, d'ailleurs, nettement marqué la différence qui existe entre les témoins et l'officier public devant qui ils comparaissent : la loi civile distingue soigneusement entre les faits attestés par l'officier de l'état civil et ceux affirmés par les témoins : les premiers font foi jusqu'à inscription de faux, les seconds ne sont crus que jusqu'à preuve contraire ; la loi pénale procède de même : le faux commis par l'officier de l'état civil est puni des travaux forcés à perpétuité (2), les fausses déclarations des témoins ne sont,

(1) *Bulletin-Commentaire des lois nouvelles,* mars 1899, p. 276.

(2) *Code pénal,* art. 145 et 146.

comme le faux témoignage, punies que de la simple réclusion (1).

On peut donc dire que l'argument invoqué par les auteurs pour justifier la différence qui existait, sous le régime du Code civil, entre le témoignage des femmes devant les diverses juridictions et leur témoignage dans les actes authentiques, est absolument insoutenable, et on est en droit d'affirmer qu'il existait, de ce fait, dans notre législation une contradiction regrettable.

Elle n'était d'ailleurs pas unique.

En effet, après avoir déclaré que chacun des futurs époux devra, avant le mariage, remettre à l'officier de l'état civil son acte de naissance, l'article 70 du Code civil ajoute que celui des époux qui serait dans l'impossibilité de se le procurer pourra le suppléer en produisant un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu de sa naissance ou de son domicile. Et l'article 72 ajoute :

« *L'acte de notoriété contiendra la déclaration faite par sept témoins, de* L'UN OU DE L'AUTRE SEXE, *parens ou non parens, des prénoms, noms, profession et domicile du futur époux et de ceux de ses père et mère, s'ils sont connus ; le lieu, et autant que possible l'époque de sa naissance, et les causes qui empêchent d'en rapporter l'acte. Les témoins signeront l'acte de notoriété avec le juge de paix ; et s'il en est qui ne puissent ou ne sachent signer, il en sera fait mention.* »

La contradiction ici est d'autant plus évidente

(1) *Code pénal*, art. 141 et 361.

que l'acte de notoriété ainsi dressé participe à la fois et de l'acte de l'état civil et de l'acte notarié. En effet, ce que le juge de paix dressera ce sera un acte qui aura au point de vue du mariage absolument la même valeur qu'un acte de naissance : ce sera un véritable acte de l'état civil ; d'autre part, qu'on ne l'oublie pas, les actes de notoriété rentrent en général dans le domaine des notaires ; ils sont par eux considérés comme les actes courants par excellence. Or, si les femmes peuvent être témoins lorsque les juges de paix dressent extraordinairement des actes de l'état civil, pourquoi ne le peuvent-elles pas lorsque ces actes sont passés par les personnes qui les dressent habituellement ; et si les femmes peuvent être témoins lorsque extraordinairement les juges de paix passent des actes notariés, pourquoi ne le peuvent-elles plus lorsque ce sont des notaires qui les rédigent ? Nous voyons bien les raisons qui ont conduit le législateur à décréter une exception au principe dans le cas qui nous occupe, mais ce que nous continuons à ne pas saisir, c'est la raison même de ce principe.

Enfin l'inadmission du témoignage des femmes créait, dans notre législation civile, une troisième inconséquence qui apparaissait nettement en matière d'actes de naissance.

Le Code civil, en effet, s'il réservait aux hommes seuls le droit de figurer comme témoins dans les actes de l'état civil, ne se montrait pas aussi exclusif lorsqu'il s'agissait des déclarants, qui, eux, pouvaient appartenir à l'un ou à l'autre sexe. Bien plus, pour assurer la constatation des naissances, notre Code

désigne un certain nombre de personnes qui sont obligatoirement tenues de déclarer à l'officier de l'état civil les enfants qui viennent de venir au monde. Or, parmi celles-ci se trouvent les sages-femmes, les personnes de l'un ou de l'autre sexe qui ont assisté à l'accouchement et celles chez qui l'accouchement a eu lieu. Ainsi, non seulement les femmes pourront déclarer les naissances, mais elles seront parfois, sous peine d'emprisonnement et d'amende (1), tenues de le faire. Peut-on concevoir plus belle inconséquence, surtout si l'on songe que le rôle de déclarant est bien plus considérable et beaucoup plus grave que celui de témoin? C'est le déclarant qui affirme les faits soumis à l'officier de l'état civil : les témoins se bornent à l'assister, à confirmer les déclarations qu'il a faites : le témoin vis-à-vis du déclarant n'est, comme on l'a fort justement dit, que le témoin en second du même fait, « le témoin du témoin ». La règle en vertu de laquelle « qui peut le plus peut le moins » restait donc ici lettre morte : la femme qui peut être déclarante ne pouvait être témoin.

A côté de ces contradictions qu'il importait de faire cesser, il y avait, militant en faveur d'une réforme, ce qu'on peut appeler les « raisons de sentiment. » Nous ne nous y attarderons pas. Il est en effet évident que de semblables dispositions légales étaient

---

(1) Toute personne qui, ayant assisté à un accouchement, n'aura pas fait la déclaration à elle prescrite sera punie d'un emprisonnement de six jours à six mois et d'une amende de 16 à 200 fr. » Art. 346 du *Code pénal.*

non seulement illogiques et injustes, mais encore humiliantes pour la femme. Le fait de voir préférer à la sienne l'attestation d'un commissionnaire généralement obtenue à l'aide d'une pièce blanche était blessant pour elle ; on exploita ce sentiment en des périodes enflammées ; on dénonça « cette flétrissure injustifiable, qui avait pour conséquence d'assimiler la femme honnête, estimée, respectée, aux mineurs, aux interdits et aux individus frappés d'une peine infamante » (1). Pourtant sous l'exagération des termes, apparaissait une idée juste qui rendait nécessaire l'intervention législative.

Celle-ci d'ailleurs s'était déjà produite dans des pays voisins du nôtre (2).

---

(1) Ces expressions ne sont pas sorties de la bouche d'enragées féministes. Elles se trouvent, textuellès, dans l'exposé des motifs de la proposition Georges Martin-Schœlcher dont nous parlons plus loin : elles figurent dans les *Annexes* du Sénat, séance du 6 février 1890.

(2) La loi italienne du 9 décembre 1877 consacrait la réforme en ces termes : « Sont abrogées toutes les dispositions légales qui excluent la femme du droit de servir de témoin dans tous les actes publics et privés. » La Russie reconnaissait aussi aux femmes le droit d'être témoins dans tous les actes ; l'Autriche, l'Espagne, dans certains seulement. Le Code civil allemand, qui entrera en vigueur le 1er janvier 1900, tranche la question du témoignage des femmes pour les actes de l'état civil et les testaments dans le sens de la pleine admission. Enfin, une loi genevoise du 5 juin 1897, décide dans son article 1er que « toute personne âgée de 20 ans, sans distinction de sexe ni de nationalité, ayant son domicile dans le canton, peut être appelée comme témoin dans tous les actes publics et privés, sous réserve des lois pénales et de l'art. 975 du Code civil. »

III

A la suite d'une campagne menée par Maria Deraismes, M. Ernest Lefèvre déposait en 1887 sur le bureau de la Chambre des députés une proposition de loi qui avait un double objet : d'abord, de reconnaître aux femmes la capacité et le droit d'être témoins, au même titre que les hommes, dans tous les actes publics, authentiques et privés ; puis d'abroger les dispositions légales qui excluent les femmes des conseils de famille et refusent de les admettre à l'exercice de la tutelle.

Cette proposition fut prise en considération et renvoyée à une Commission au nom de laquelle M. Colfavru fit, le 4 février 1889, un rapport absolument favorable. Malheureusement la proposition de loi de M. Ernest Lefèvre ne put être discutée en temps utile à la Chambre et aucun vote n'intervint par suite de l'expiration de la législature.

L'année suivante, grâce aux nouveaux efforts de Mme Maria Deraismes, la double proposition Ernest Lefèvre fut reprise, mais au Sénat cette fois, par MM. Georges Martin et Schœlcher, appuyés par plus de quatre-vingts de leurs collègues, au nombre desquels nous citerons MM. Mazeau, Dide, Courbes, Demôle, Guyot, Bozérian, Berthelot, Develle, Lourties, de Pressensé, Hébrard, Jean Macé, Lemoine, E. Deschanel, Hippolyte Maze, Charles Ferry, etc... Mais, cette fois encore, malgré la pléiade d'éminents parlementaires qui avaient consenti à donner à ce projet l'appui de leurs signatures, on n'alla pas jusqu'au

vote et la Commission du Sénat ne déposa même pas de rapport.

Le peu d'empressement mis à soumettre à l'examen du Parlement une réforme que réclamaient l'opinion publique et un grand nombre d'excellents esprits, peut trouver sa cause dans la dualité de la proposition Ernest Lefèvre. Alors que beaucoup de personnes étaient disposées à accorder à la femme le droit d'être témoin, la partie du projet relative à la tutelle, trouvait de nombreux opposants.

On s'en rendit compte dans le monde parlementaire et M. Leconte, député de l'Indre, avec 47 de ses collègues, déposa, le 23 mai 1891, à la Chambre une proposition de loi « *ayant pour but de donner à la femme majeure et jouissant de ses droits civiques* (!) *le droit d'être témoin dans les actes de l'état civil.* » Cette proposition comprenait deux articles. Le premier était ainsi conçu : « A partir de l'adoption légale de la présente proposition, la femme majeure sachant lire et écrire, jouissant de ses droits civils, aura le droit d'être témoin dans les actes de l'état civil, soit pour la déclaration de naissance d'un enfant, soit pour la célébration d'un mariage civil, soit enfin pour faire connaître un décès des habitants de sa commune. » Quant à l'article 2, il décidait que « dans aucun cas, deux femmes seules ne pourront être les témoins ; l'un des deux témoins devra toujours être un citoyen, sachant lire et écrire et jouissant de ses droits civils. » Sans vouloir nous arrêter aux incorrections, tant grammaticales que juridiques, de ces deux articles, nous ferons immédiatement remarquer qu'ainsi limité le droit accordé

à la femme ne faisait disparaître que partiellement les contradictions qu'avait fait naître dans notre droit le système du Code civil en matière de témoignage. La proposition Leconte ne mentionnait en effet, en aucune façon, le droit pour la femme d'être témoin dans les actes instrumentaires; il lui était même tacitement dénié par l'énumération limitative, contenue dans l'article 1er, des cas où la femme était admise à témoigner. De plus, la proposition Leconte froissait la dignité féminine en interdisant à deux femmes d'être témoins ensemble, c'est-à-dire en décidant qu'un homme devrait toujours être le garant d'une femme témoin. Il y avait là mieux qu'une inconséquence, — une malhabileté. Elle fut mise en relief par le très succinct rapport que M. Loreau déposait le 11 juin 1892 sur le bureau de la Chambre des députés au nom de la 14e Commission d'initiative parlementaire, qui avait décidé, par ailleurs, le rejet de toute la proposition Leconte.

C'était ce que les véritables partisans de l'égalité civile des sexes pouvaient souhaiter de plus profitable à leur cause.

La prise en considération de la proposition Leconte c'était en effet la remise *sine die* de la question du témoignage des femmes dans les actes notariés, c'était la confirmation d'une inégalité contre laquelle ils protestaient à juste titre.

Les féministes le comprirent : ils applaudirent au rejet de la proposition Leconte, mais prirent leurs dispositions pour éviter le retour de semblables déconvenues.

L'*Avant-Courrière* venait de se fonder sous la triple

direction de Mme la duchesse douairière d'Uzès, de Mlle Sarah Monod et de Mme Henri Schmahl. Cette Société se proposait un double but : obtenir pour la femme la libre disposition des produits de son travail et le droit d'être témoin dans tous les actes où le témoignage de l'homme est prévu par la loi. A cela se bornait et se borne encore son programme.

La nouvelle Société s'adressa à Mlle Jeanne Chauvin, depuis peu docteur en droit, en lui demandant de rédiger deux propositions de lois, précédées chacune d'un exposé des motifs. On les livra à la publicité et toutes d'eux reçurent dans la presse un accueil unanimement favorable. Le projet relatif au témoignage fut particulièrement bien accueilli.

Encouragé par ce mouvement d'opinion, M. Leconte reprit, le 7 décembre 1893, conçue dans les mêmes termes, sa proposition primitive. Présentée de nouveau à la Chambre elle fut renvoyée à la Commission d'initiative parlementaire ; au nom de celle-ci M. Montaut conclut à la prise en considération, mais en demandant la suppression de l'article 2. La Chambre adopta le 12 juin 1894 les conclusions du rapporteur et après le dépôt par M. Leconte d'un rapport sommaire, dans lequel il abandonnait la prohibition des deux femmes témoins, la Chambre vota l'urgence et adopta sans discussion le nouveau projet le 20 janvier 1896.

Transmise au Sénat le 3 février 1897, la proposition nouvelle de M. Leconte fut soumise à une Commission dont M. Jules Cazot fut nommé rapporteur.

Elle en revint notablement étendue. Conçue dans un esprit libéral, logique, la proposition nouvelle

fut brillamment défendue par M. Cazot. Montrant la nécessité qu'il y avait d'élargir le projet Leconte et d'étendre la réforme proposée à tous les actes instrumentaires, l'honorable rapporteur ne proposait à la pleine capacité, qu'une limitation, relative à l'interdiction pour le mari et la femme d'être témoins dans un même acte. Il rappela que lors de la discussion de la loi italienne du 9 décembre 1877, abrogeant toutes les dispositions interdisant aux femmes d'intervenir comme témoins dans les actes publics et privés, le jurisconsulte Mancini, alors ministre de la Justice, avait prononcé cette phrase caractéristique : « Le droit de témoigner est un droit naturel. Pourquoi l'ôter à la femme ? Nous sommes à Rome et il serait triste que le monde civilisé pût croire que nous nous inspirons des errements des anciennes lois romaines (1)» Et M. Cazot ajoutait: « Nous, Messieurs, qui avons en matière de législation, donné autrefois l'impulsion aux autres peuples, nous voici aujourd'hui en arrière sur les législations étrangères et réduits à leur demander des exemples et des leçons. Je le constate avec quelque confusion.

« Messieurs, il est temps de répudier une pratique que rien ne justifie et d'abolir une incapacité qui dépare l'œuvre législative du commencement de ce siècle : c'est ce que vous propose votre Commission. En la suivant dans cette voie, vous réparerez le long oubli dans lequel le législateur a laissé la femme et vous

(1) Chambre des députés italienne, séance du 26 mars 1877.

accomplirez ainsi un acte de justice, d'équité et, permettez-moi d'ajouter, de bon sens (1). »

C'est aux applaudissements du Sénat, que M. Darlan, garde des sceaux, déclara après cette chaleureuse péroraison, que le Gouvernement se joignait à la Commission pour demander au Parlement de voter le projet qui lui était soumis.

Admise d'urgence le 17 juin 1897, la proposition, modifiée dans le sens indiqué par l'honorable rapporteur, fut transmise à la Chambre cinq jours plus tard ; le 18 novembre suivant M. Leconte déposait un rapport concluant à la prise en considération de la proposition telle qu'elle avait été votée par le Sénat. Quelques jours après, le 29 novembre, la Chambre l'adoptait sans discussion, et, devenue définitive, la loi était promulguée le 7 décembre 1897.

En voici le texte, tel qu'il parut au *Journal officiel* du 9 décembre, page 6891 :

« Loi ayant pour objet d'accorder aux femmes le « droit d'être témoin dans les actes de l'état civil et « les actes instrumentaires en général. »

ARTICLE UNIQUE.

Les articles 37 et 980 du Code civil, les articles 9 et 11 de la loi du 25 ventôse an XI, sont modifiés ainsi qu'il suit :

CODE CIVIL.

Article 37. — Les témoins produits aux actes de l'état civil devront être âgés de vingt et un ans au

(1) Sénat, session extraordinaire de 1897, séance du 17 juin 1897, *Journal officiel* du 18 juin (*Débats parlementaires*).

moins, parents ou autres, sans distinction de sexe; ils seront choisis par les personnes intéressées. Toutefois le mari et la femme ne pourront être témoins ensemble dans le même acte.

Article 980. — Les témoins appelés pour être présents aux testaments devront être majeurs, Français, sans distinction de sexe. Toutefois le mari et la femme ne pourront être témoins ensemble dans le même testament.

Loi du 25 ventose an XI.

Article 9. — Les actes seront reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins, de l'un ou de l'autre sexe, sachant signer, et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte sera passé. Toutefois le mari et la femme ne pourront être témoins ensemble dans le même acte.

Article 11. — Le nom, l'état et la demeure des parties devront être connus des notaires, ou leur être attestés dans l'acte par deux personnes connues d'eux, ayant les mêmes qualités que celles requises pour être témoins instrumentaires.

IV

Après avoir étudié l'historique du témoignage des femmes, après avoir montré l'inconséquence et l'injustice du système adopté par le Code civil, nous avons indiqué par quelles phases passa, pendant les travaux préparatoires, la loi du 7 décembre 1897. Il nous

reste à examiner en détail quelles modifications elle apporte à notre législation et quelles conséquences elle peut avoir, tant au point de vue juridique qu'au point de vue pratique et social.

C'est ce que nous allons faire en examinant successivement le rôle des témoins d'abord dans les actes reçus par les officiers de l'état civil puis dans les actes notariés ; nous dirons ensuite quelques mots du témoignage dans les actes qui ne relèvent ni du domaine de l'officier de l'état civil, ni de celui du notaire ; enfin nous terminerons cette étude par de brèves considérations sur la portée sociale de la loi nouvelle.

Des deux conditions exigées, pour être témoin dans un acte de l'état civil, par l'article 37 ancien, l'une, celle relative à la masculinité étant supprimée par la loi du 7 décembre 1897, l'autre, l'obligation d'âge, subsiste seule. Ainsi donc, aujourd'hui, toute personne de l'un ou de l'autre sexe ayant vingt et un ans accomplis peut témoigner lorsqu'il s'agit d'un acte de l'état civil. On a fait fort justement remarquer que, quoiqu'il y ait concordance entre l'âge exigé pour être témoin et la majorité, ce sont là deux choses absolument indépendantes l'une de l'autre. Si, en effet, la majorité modifiée à la suite d'une loi spéciale était reportée à vingt-deux ans, le droit de témoigner subsisterait pourtant au profit des personnes ayant vingt et un ans révolus. De même un étranger, qui n'est considéré comme majeur dans son pays d'origine qu'à partir de vingt-cinq ans, par exemple, devra être accepté comme témoin par les officiers de l'état

civil français dès qu'il aura atteint vingt et un ans (1).

Si notre loi française est si accommodante lorsqu'il s'agit d'actes de l'état civil, c'est qu'ici les témoins ont bien peu d'importance en comparaison de l'officier public chargé de rédiger l'acte et du déclarant qui lui fournit les éléments nécessaires pour le dresser. Se bornant, nous l'avons vu, à corroborer les dires du déclarant, les témoins remplissent un rôle si peu marquant qu'on le fait très fréquemment jouer par les employés de la mairie ou même par des commissionnaires stationnant aux environs. En accordant donc aux femmes le droit de témoigner dans les actes de l'état civil, la loi du 7 décembre 1897 ne leur a pas concédé un privilège bien considérable et l'on ne peut guère prétendre que, de ce fait, leur capacité soit beaucoup augmentée.

Le législateur de 1897, avec juste raison d'ailleurs, a pourtant apporté à cette faculté de témoigner une légère entrave. Dans l'article 37, comme dans l'article 980 du Code civil, comme dans l'article 9 de la loi de ventôse an XI, il a introduit une prohibition dont nous avons déjà parlé, mais sur laquelle il nous faut maintenant revenir, au moins brièvement. Elle con-

---

(1) Suivant M. Demolombe (tome I, § 281), les étrangers ne pourraient figurer dans les actes de l'état civil qu'autant qu'ils auraient été admis à établir leur domicile en France. Mais ce serait ajouter au texte de l'article 37 que d'exiger que les témoins soient Français. Voir en ce sens, Aubry et Rau, tome I, page 200, Duranton, 1, 188, Zachariæ, § 59, texte et note 8, etc...

siste dans l'interdiction à deux époux d'être témoins ensemble dans le même acte.

Les raisons qui ont conduit le législateur à édicter cette règle prohibitive sont facilement compréhensibles. Si la loi exige pour certains actes la présence de *deux* témoins c'est afin d'augmenter les garanties que présenterait une attestation unique. Or, en théorie et heureusement souvent aussi en pratique, deux époux ne forment qu'une personnalité unique. On se retrouverait ici en présence du danger qui eût existé avec l'assistance d'un seul témoin. Il était donc logique d'exclure du même témoignage deux époux. Cette prohibition d'ailleurs n'a rien de vexatoire ni d'humiliant pour la femme puisque la règle s'applique indistinctement à son mari comme à elle.

Mais la question se posera de savoir si dans un même acte l'un des époux pourra être déclarant et l'autre témoin. Dans un acte de naissance, par exemple, la mère pourra-t-elle en faisant sa déclaration se faire valablement assister comme témoins par son mari et par une autre personne ? La question, dans la pratique, ne se posera pas sans doute fréquemment, les déclarations de naissance devant être faites dans les trois jours de l'accouchement, alors que la mère est encore souvent dans l'impossibilité de se lever. Mais le fait n'aurait rien d'extraordinaire et mérite d'être envisagé. Pour notre part, devant les termes très précis du nouvel article 37 : « Le mari et la femme ne pourront être *témoins ensemble* dans le même acte », nous trancherions la question dans le sens de l'affirmative ; nous croyons en effet, que malgré l'esprit de la loi, évidemment en sens contraire, un officier de

l'état civil serait mal venu de refuser à deux époux de figurer dans un même acte l'un comme déclarant, l'autre comme témoin.

Quelle que soit d'ailleurs la solution que dictera à cet égard la jurisprudence, il y a là une imprécision que le législateur de 1897 eût dû et pu facilement éviter.

En édictant une seule prohibition, spéciale au cas que nous venons d'étudier, la loi nouvelle n'a pas entendu faire disparaître les incapacités que notre Code pénal fait supporter à ceux qui ont encouru soit la dégradation civique soit certaines condamnations correctionnelles.

Les articles 28, 34, 42 et 43 de ce Code continuent donc, lorsqu'ils sont appliqués, à priver les personnes qu'ils frappent du droit d'être témoins soit dans les actes de l'état civil soit dans les actes notariés.

Des actes de naissances, mariages et décès on peut rapprocher d'autres actes qui sont également reçus par les maires ou leurs adjoints avec l'assistance de témoins. La capacité étant devenue la règle absolue pour les femmes comme pour les hommes, il faut admettre que les unes comme les autres pourront, lorsque aucun texte ne le leur défendra, prendre part à ces actes comme témoins. C'est ainsi, par exemple, que la loi du 15 juillet 1889 sur le recrutement de l'armée prescrit que les engagements volontaires devront être reçus par les maires des chefs-lieux de canton dans les formes prescrites par les articles 34 à 40, 42 et 44 du Code civil. Ici donc, indiscutablement, les femmes pourront servir de témoins au jeune engagé volontaire. La même solution devrait

être admise alors même que, sans renvoyer au Code civil, la loi sur le recrutement exigerait seulement la présence de deux témoins.

Après avoir examiné l'application de la loi du 7 décembre 1897 aux actes de l'état civil et aux actes assimilables, voyons quels sont ses effets au regard des actes notariés.

Avant d'entrer dans les détails il ne sera peut-être pas inutile de rappeler ici que trois sortes de témoins peuvent figurer dans les actes notariés : les témoins instrumentaires qui participent à la forme même de l'acte ; les témoins testamentaires nécessaires pour la validité des testaments publics et mystiques ; les témoins certificateurs qui affirment l'identité des comparants et l'individualité des parties.

« Depuis l'origine du notariat les notaires ont toujours procédé à la réception des actes authentiques avec l'assistance d'un autre notaire ou de deux personnes appelées en témoignage de l'accomplissement des formalités légales et qu'on nomme, pour ce motif, témoins instrumentaires. L'ordonnance de Philippe IV, dès le mois de juillet 1304, prescrivait aux notaires de recevoir leurs actes en présence de témoins connus et dignes de foi. Cette prescription se retrouve dans tous les autres monuments législatifs jusqu'à la loi du 6 octobre 1791 et à celle du 25 ventôse an XI (1). »

Aux termes de celle-ci un notaire ne peut seul conférer l'authenticité à un acte ; il doit toujours être

(1) Amiaud. *Traité formulaire du notariat*, V° *Témoin*, t. V, p. 76.

assisté soit d'un confrère résidant dans le ressort, soit de deux témoins. La pratique a fait de cette règle, qui devait donner aux actes une force probante plus considérable, une simple formalité. Pour quelques actes seulement, tels que les donations entre vifs ou entre époux, les reconnaissances d'enfant naturel, les révocations de donations ou de testaments, la présence réelle du second notaire ou des témoins est formellement exigée au moment de la passation. Pour les autres, fussent-ils très importants, ils sont signés après coup, simplement avant d'être enregistrés. Le notaire en second paraphe l'acte — au moins dans les villes importantes — sans même le parcourir et les témoins le plus souvent le signent les yeux fermés, sans que lecture leur en soit donnée, ce qui est évidemment pour le notaire une excellente garantie de leur discrétion. Cette façon de procéder s'est tellement généralisée que la loi qui, dans un avenir prochain, supprimera la formalité du notaire en second ou des deux témoins, ne fera que sanctionner un état de fait qu'expliquent parfaitement le développement des transactions et, par suite, l'augmentation du nombre des actes notariés.

En attendant cette disposition législative qui ne saurait tarder, la loi du 7 décembre 1897 a maintenu l'obligation du second notaire ou des deux témoins ; mais elle a introduit dans l'article 9 de la loi de l'an XI quelques modifications dont on se rendra facilement compte en comparant les textes. L'article 9 ancien était ainsi conçu : « Les actes seront reçus par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins, citoyens français, sachant signer, et domi-

ciliés dans l'arrondissement communal où l'acte sera passé. » L'article 9 nouveau est libellé comme suit : « Les actes seront reçus par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins, de l'un ou de l'autre sexe, sachant signer, et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte sera passé. Toutefois le mari et la femme ne pourront être témoins ensemble dans le même acte. »

Si nous laissons de côté les deux modifications dont nous avons déjà parlé, l'extension aux femmes du droit d'être témoin, et l'interdiction faite à deux époux de témoigner ensemble dans un même acte, nous nous apercevons que l'article 9 ancien exigeait, pour être témoin instrumentaire dans un acte notarié, la qualité de Français, alors que l'article 9 nouveau ne réclame rien de semblable, ni même d'analogue.

On conçoit facilement que le législateur de 1897, admettant les femmes à témoigner, devait faire disparaître de l'énumération des qualités requises pour être témoin dans un acte instrumentaire celle de citoyen. Les femmes, ne jouissant pas des droits politiques, n'étaient ni citoyens ni citoyennes. Mais on eût pu parfaitement remplacer le mot supprimé par celui de *Français*, par exemple, qui figure dans l'article 980.

Cette omission permet de poser la question de savoir si, dans le silence des textes, les étrangers pourront et devront être admis comme témoins dans les actes notariés autres que les testaments. Il ne peut s'agir naturellement que des étrangers autorisés par décision du Gouvernement à établir leur domicile en France puisque, on vient de le voir, l'article 9

exige que le témoin soit domicilié « dans l'arrondissement communal où l'acte sera passé ». Mais, à l'étranger qui remplit cette condition, pourra-t-on refuser un droit que rien dans le texte nouveau ne permet de lui retirer ?

Une omission identique, provenant également de la suppression des mots « citoyens français », nous autoriserait à nous demander si le notaire ne pourra pas, comme témoins instrumentaires, prendre des jeunes gens ou des enfants mineurs de l'un ou de l'autre sexe. Rien dans la loi n'indique plus que les témoins doivent être majeurs.

A s'en tenir au texte même de la loi du 7 décembre 1897, on pourrait évidemment soutenir que la faculté d'être témoins dans les actes notariés en général appartient désormais aux étrangers et aux mineurs domiciliés en France. Mais cette solution serait manifestement contraire à l'esprit du législateur de 1897. La loi nouvelle n'a en effet qu'un but : donner aux femmes le droit de témoigner dans les actes de l'état civil et dans les actes notariés. Si elle avait voulu aller plus loin, on retrouverait dans les travaux préparatoires une indication, si faible fût-elle, de ce désir.

Il n'en est rien. De plus, l'admission au témoignage des mineurs et des étrangers uniquement lorsqu'il s'agit d'actes notariés ferait entrer, dans notre Code, une contradiction évidente, une inconséquence que le législateur de 1897 n'a pu vouloir.

Aussi croyons-nous fermement qu'il faut compléter le nouvel article 11 de la loi du 25 ventôse an XI à l'aide des indications fournies par l'article 980 nou-

veau du Code civil, et décider, dans un cas comme dans l'autre, que les témoins devront être de toute nécessité majeurs et Français.

Mais si nous n'admettons pas que la suppression des mots « citoyens français » dans le nouvel article 11 de la loi de ventôse an XI donne un droit quelconque aux étrangers et aux mineurs, nous ne pouvons, avec M. Defrénois (1), admettre la même solution en ce qui concerne les individus privés de leurs droits électoraux.

Sous l'empire de l'article 11 ancien, ceux-ci étaient considérés comme incapables de remplir l'office de témoins dans les actes notariés autres que les testaments. Un jugement du tribunal de Vervins, du 17 décembre 1885, était formel à cet égard. Il se basait sur l'obligation d'être citoyen pour refuser le droit de témoignage à ceux qui ne jouissaient plus du droit d'être électeurs. Mais à l'heure actuelle cette décision, qui ne reposerait plus sur rien, ne nous semble pas admissible et nous pensons, avec M. Didio, que « par l'effet de la suppression du mot « citoyens » qui se trouvait dans l'ancien texte, les individus, simplement privés de leurs droits électoraux, se trouvent virtuellement relevés de l'incapacité qui les frappait autrefois. Autrement on arriverait à cette conséquence évidemment inacceptable que la femme déclarée en faillite et non réhabilitée pourrait figurer comme témoin dans un acte, tandis que l'homme, qui

---

(1) *Répertoire général du notariat*, décembre 1897.

se trouverait dans une situation identique, serait privé de cette faculté (1) ».

Bien que ces considérations relatives aux mineurs, aux étrangers et aux individus privés de leurs droits électoraux, ne rentrent pas dans le cadre que nous nous sommes tracé, il nous a semblé intéressant de les exposer brièvement pour montrer une fois de plus le danger de modifications introduites à la hâte dans des textes déjà existants.

Cette démonstration faite, nous pouvons nous demander maintenant quelle importance a pour la femme le nouveau droit qui lui est reconnu de servir de témoin instrumentaire dans les actes notariés autres que les testaments. Nous avouons, pour notre part, n'en découvrir qu'une très minime. Dans la pratique, c'est toujours le notaire rédacteur de l'acte qui choisit ses témoins instrumentaires et il le fait dans le cercle de ses relations. Il y a donc peu de chances qu'il choisisse des femmes plutôt que des hommes. La chose d'ailleurs n'a pas grande importance ; il suffit que le droit de figurer comme témoin instrumentaire dans un acte notarié autre qu'un testament ne soit pas dénié à la femme, même si dans la pratique elle n'usait jamais de la prérogative qui lui est accordée. On peut d'ailleurs, au moins théoriquement, prévoir le cas où, les hommes faisant défaut, le notaire serait obligé de s'adresser à des femmes pour l'aider dans son ministère.

---

(1) *Revue du notariat et de l'enregistrement,* juillet 1898, p. 551.

A côté des témoins instrumentaires participant d'une façon plus ou moins réelle à la passation de l'acte par le notaire il faut placer les témoins testamentaires.

Aux termes de l'article 980 ancien du Code civil, les témoins appelés pour être présents à la réception d'un testament devaient être mâles, majeurs, républicoles et jouir des droits civils. On voit qu'ici les qualités requises pour être témoin étaient plus nombreuses que lorsqu'il s'agissait d'un acte de l'état civil. Elles devaient encore être complétées par d'autres figurant sous les articles 975 du Code civil qui ne furent pas modifiées par la loi nouvelle.

Ajoutons aussi qu'aujourd'hui comme avant la loi du 7 décembre 1897, alors que deux témoins sont suffisants dans tous les actes notariés ordinaires en présence d'un seul notaire, il en faut toujours deux ou quatre pour le testament public : deux lorsque le testament est reçu par deux notaires, quatre lorsqu'il est dressé par un seul officier public ; il en faut six ou sept pour l'acte de suscription d'un testament mystique : six lorsque le testateur a signé son testament et sept lorsqu'il ne sait ou ne peut signer.

De plus, « à la différence des actes solennels, pour lesquels leur présence n'est requise qu'au moment de la réception et des actes notariés ordinaires qui peuvent être même contresignés par eux après coup, et hors la présence des parties, dans les testaments la présence effective des témoins est nécessaire sans discontinuité, pendant toute la durée de la confection de l'acte et pour toute la série des opérations dont il se compose. Si l'un des témoins avait besoin de s'absen-

ter, le notaire devrait suspendre l'opération jusqu'au retour, car le testament serait nul si un témoin s'absentait, ne fût-ce que pendant quelques minutes (1) ».

Le législateur avait donc nettement indiqué la grande importance qu'il attachait aux témoins testamentaires : les modifications apportées à l'article 980 du Code civil par la loi du 7 décembre 1897 ont de ce fait une portée toute particulière.

En laissant momentanément de côté l'attribution aux femmes du droit d'être témoins dans les testaments, on voit, par la comparaison des deux textes, que le nouvel article 980 diffère de l'ancien sur deux points : on a substitué le mot *Français* au mot *républicoles*, et on a purement et simplement supprimé les mots *jouissant des droits civils*. On ne trouve dans les travaux préparatoires aucune indication sur les mobiles qui ont conduit le législateur de 1897 à introduire ces deux changements dans la loi nouvelle. On en est donc réduit aux hypothèses.

La première modification, celle relative au mot « Français » remplaçant désormais « Républicoles », semble toute naturelle. C'est une tendance actuelle chez nous de substituer dans nos lois nouvelles, aux termes qui portent la marque d'un régime, d'autres plus généraux. Les leçons de l'Histoire nous ont été à cet égard profitables. « Régnicoles » remplaçait « Républicoles » et vice-versa suivant le Gouvernement du moment : le terme neutre est à tous égards préférable. Il a de plus, au cas particulier, le mérite de trancher une controverse qui s'était élevée à

(1) Amiand, *loc. cit.*, p. 82.

propos de la signification précise du mot « Républicole ». D'aucuns en effet, s'attachant à son étymologie, soutenaient qu'il englobait aussi les étrangers autorisés à établir leur domicile en France. La question aujourd'hui ne peut plus se poser : le texte nouveau ne prête à aucune ambiguïté.

Quant à la suppression des mots « jouissant des droits civils », on s'est demandé si elle était le résultat d'une inattention ou bien si elle a été considérée par le législateur de 1897 comme une conséquence nécessaire du droit accordé aux femmes d'être témoins dans les testaments.

Cette dernière explication nous semble inadmissible.

« Il est impossible de supposer, écrit fort justement M. Didio (1), que le rédacteur du nouvel article 980 se soit mépris sur l'acception juridique des mots « jouissant des droits civils » au point de croire que l'innovation qu'il se proposait d'introduire devait amener leur suppression. « Tout Français jouira des droits civils. » Ainsi s'exprime l'article 8 du Code civil ; c'est-à-dire, tout Français sans distinction d'âge ni de sexe. Il ne faut pas en effet confondre la jouissance avec l'exercice de ces droits... La jouissance des droits civils étant inhérente à la qualité de Français, la seule explication plausible que l'on puisse donner de la suppression des mots en question c'est que les auteurs de la loi nouvelle ont voulu faire disparaître une redondance manifeste. »

On peut donc conclure que le nouvel article 980

(1) *Op. cit.* p. 544.

reste exactement ce qu'il était avant la loi du 7 décembre 1897, sauf qu'il confère aux femmes le témoignage dans les testaments.

Le moment est maintenant venu de rechercher quelle importance pratique a pour ses bénéficiaires ce nouveau droit : c'est ce que nous allons faire brièvement.

On a vu, par les quelques détails que nous avons donnés sur le rôle des témoins testamentaires, que leur présence constitue un élément indispensable à la validité du testament. Il est donc évident qu'en les admettant ici au témoignage, la loi nouvelle a accordé aux femmes un droit important : nous pensons même que la pratique pourra le rendre très efficace. La passation des testaments exige en effet une certaine célérité : nombreuses sont les personnes qui attendent leur dernière heure pour exprimer leur dernière volonté. Dans ces conditions le notaire prendra comme témoins les personnes qui se trouveront le plus à proximité, femmes ou hommes.

Parfois même à la campagne, le notaire éprouvera une certaine difficulté, au moment des travaux des champs, à réunir les quatre, six ou sept témoins qui lui sont nécessaires, suivant les cas, s'il ne s'adresse aux femmes. On est donc en droit de prévoir que dans la pratique ces témoignages seront assez fréquents.

Nous pouvons par conséquent dire avec M. Ingelbrecht (1) que « tant au point de vue de l'importance du rôle juridique à remplir que de la fréquence

(1) *Bulletin commentaire des lois nouvelles*, mars 1899, p. 275.

d'application pratique, la capacité d'être témoin aux testaments constitue une faveur très appréciable pour la femme. »

La personnalité et l'individualité des parties qui se présentent devant un notaire ont une importance si considérable, que l'on a de tout temps entouré de garanties leur constatation. Dès la fondation du notariat, on exigeait que l'identité des personnes qui comparaissaient dans un acte notarié fût certifiée par des témoins dignes de foi.

Sous le régime de la loi du 25 ventôse an XI, cette obligation subsistait pour les notaires. Elle leur était imposée par l'article 11 de la loi organique du notariat, ainsi conçu : « Le nom, l'état et la demeure des parties devront être connus des notaires ou leur être attestés dans l'acte par deux citoyens connus d'eux, ayant les mêmes qualités que celles requises pour être témoin instrumentaire. » Les témoins qui étaient ainsi appelés à « certifier » l'identité du ou des comparants étaient pour cette raison appelés « témoins *certificateurs*. »

La loi du 7 décembre 1897 a laissé subsister l'obligation de leur témoignage. On ne saurait que l'en féliciter. Des fraudes très graves, dont l'importance n'échappe à personne, pourraient être commises avec la plus grande facilité si le notaire n'était pas tenu de s'entourer de garanties sérieuses relativement à la personnalité véritable de ceux qui requièrent son ministère. Alors que la présence des témoins instrumentaires nous semble une superfluité vieillotte et gênante, alors que nous verrions sans aucun

regret réduire dans certains cas le nombre des témoins testamentaires, nous restons partisans résolus du maintien des témoins certificateurs.

Toutefois, la loi du 7 décembre 1897 devait faire concorder l'article 11 de la loi de ventôse avec l'article 9 nouveau qu'elle venait d'édicter. Il lui a suffi pour cela de remplacer le mot « citoyens », qui se trouvait dans le texte ancien, par le mot « personnes ». En ce faisant, il étendait aux femmes le droit de certifier dans tous les actes notariés, sans exception, l'individualité des parties comparantes.

Pratiquement cette innovation peut avoir d'excellents résultats. Il se peut faire, par exemple, qu'une femme soit obligée de faire dresser un acte notarié. Le notaire qui ne la connaît pas réclame l'assistance de deux témoins certificateurs. N'est-il pas infiniment probable que la comparante s'adressera pour lui rendre ce service à deux de ses amies ? Et les convenances, que certains ont invoquées pour combattre la loi nouvelle, ne seront-elles pas dans ce cas bien mieux sauvegardées que si la femme était obligée de réclamer l'intervention de deux personnes du sexe masculin ?

L'embarras des parties, obligées de faire affirmer leur personnalité dans une ville où elles sont connues d'un très petit nombre de gens, sera d'autre part moins grand si elles peuvent s'adresser indistinctement à des personnes de l'un ou de l'autre sexe.

Ici donc encore l'utilité pratique du nouvel état de choses est patente ; une fois de plus nous pouvons constater que la justice et la logique ont été également servies par la loi du 7 décembre 1897.

Nous avons fini l'examen des divers cas de témoignage, envisagés par le législateur de 1897 ; il existe pourtant indépendamment des actes de l'état civil et des actes notariés, plusieurs séries d'actes qui doivent être dressés en présence de témoins.

C'est ainsi que l'article 585 du Code de procédure civile, relatif à la saisie exécutoire et applicable, en vertu des articles 821, 825 et 830, à la saisie-gagerie, à la saisie-foraine et à la saisie-revendication, exige que l'huissier saisissant soit assisté de deux témoins « Français, majeurs, non parens, ni alliés des parties ou de l'huissier, jusqu'au degré de cousin issu de germains inclusivement, ni leurs domestiques. »

De même, aux termes de l'article 5 de la loi du 22 pluviôse an VII, qui a trait aux procès-verbaux des ventes publiques de meubles : « Chaque séance sera close et signée par l'officier et deux témoins domiciliés. »

Rien dans ces textes ne permettait d'exiger que les témoins prescrits fussent du sexe masculin : mais l'incapacité générale des femmes en matière de témoignage avait fait admettre que les hommes seuls pouvaient participer aux procès-verbaux de saisies ou de ventes publiques de meubles. Aujourd'hui la raison invoquée n'existe plus : la capacité d'être témoin est la règle, l'incapacité l'exception, et l'on devra, dans tous les cas identiques à ceux que nous venons de citer, admettre le témoignage des femmes.

On observera d'ailleurs ainsi la pensée intime des législateurs de 1897 qui ont, sans conteste, voulu édicter une loi générale relevant d'une façon absolue la femme de l'incapacité de témoigner.

V

Arrivés au terme de notre étude juridique de la loi du 7 décembre 1897, il nous reste encore à dire un mot de la portée sociale de cette loi qui compte des partisans convaincus et des adversaires acharnés.

Et tout d'abord, on peut se demander comment une disposition en apparence aussi simple que la restitution à la femme du droit de témoigner dans les actes de l'état civil et dans les actes notariés a pu soulever tant de discussions, a pu donner lieu à une si vive explosion de joie d'un côté, à tant de récriminations de l'autre.

La raison de ces manifestations diverses nous semble se trouver dans la portée exagérée que, de part et d'autre, on a accordée aux dispositions législatives que nous venons d'étudier. Les féministes les plus avancés et leurs adversaires les plus résolus ont cru, d'un commun accord, que la loi du 7 décembre 1897 était un pas vers les concessions politiques, qu'elle marquait un progrès, non pas dans le domaine des droits civils de la femme, mais dans celui des fonctions publiques. On était, de part et d'autre, convaincu que le vote de la loi nouvelle « annonçait et autorisait la consécration de l'égalité parfaite, tant au point de vue politique qu'au point de vue civil. »

C'est là, à notre sens, une profonde erreur : et si féministes outranciers et anti-féministes de parti pris avaient, comme nous venons de le faire, étudié les

travaux préparatoires de la loi du 7 décembre 1897, ils se seraient évité cet excès de démonstrations vives et de mauvaise humeur.

Leur méprise, pourtant, est excusable puisque les uns et les autres en étaient restés à la théorie des auteurs qui, nous l'avons vu, considéraient en majorité le témoignage dans les actes de l'état civil et dans les actes instrumentaires comme une parcelle de fonction publique.

Pour nous, — partisan décidé de l'égalité civile des sexes et adversaire, momentané peut-être mais résolu, de l'égalité politique, — nous ne pouvons que féliciter le législateur de 1897 d'avoir fait disparaître de notre Code l'une des deux inégalités, qui, vestiges de l'ancien droit romain, frappaient avant son intervention, la femme hors mariage. Si nous sommes tout disposé à admettre que la femme abandonne entre les mains de l'époux qu'elle s'est choisi ou qu'elle a accepté une partie des droits qu'elle exerçait librement avant son mariage, nous ne saurions trouver juste qu'en dehors de ce cas elle ne puisse exercer tous les droits civils que la loi attribue à l'homme.

CHAPITRE VIII

DE QUELQUES REVENDICATIONS FÉMINISTES

A côté des diverses lois en faveur des femmes qui ont été votées par nos législateurs et qui ont apporté à notre droit civil des modifications dès à présent acquises, il nous a paru nécessaire de placer plusieurs dispositions, qui, si elles furent abandonnées ou repoussées hier, pourraient bien être introduites dans notre droit demain. Dans une étude comme la nôtre, trois questions surtout ne nous semblent pas pouvoir être passées sous silence : nous voulons parler de l'admission des femmes à la tutelle, de la recherche de la paternité et de la réforme de notre système matrimonial.

I

Admission des femmes à la tutelle.

Nous avons déjà vu que la femme en France d'une façon générale ne peut ni faire partie d'un conseil de famille ni devenir tutrice. « *Tutela est virile munus* » disaient les anciens auteurs et notre Code civil est resté fidèle à cette incapacité que lui avait léguée le

droit romain. Le moyen âge pourtant n'avait point regardé la femme comme incapable de gérer la tutelle dès qu'elle pouvait, fût-ce par mandataire, en accomplir les devoirs. L'impossibilité où elle était de rendre le service militaire lui avait fait tout d'abord refuser ce droit, mais du jour où, à la fin de la période carolingienne, on considéra le mari comme apte à remplir ce devoir pour la femme, on avait admis que la femme mariée pouvait être titulaire de fiefs ce qui lui avait ouvert simultanément l'hérédité et la garde. Depuis, la tradition romaine avait fait reculer le droit et rendu de nouveau la tutelle inaccessible aux femmes.

C'est donc, incontestablement, le vieux principe de l'infirmité, de l' « imbécillité » du sexe qui a influé sur le législateur de 1803 et lui a fait écarter du conseil de famille d'abord, de la tutelle ensuite, toutes les femmes à deux exceptions près. Cette interdiction — qui range la femme parmi les mineurs et les fous (1), les condamnés à une peine afflictive et infamante (2), les gens d'une inconduite notoire, incapables ou infidèles (3), et ceux dont le Code a les meilleures raisons de se défier (4), — si elle ne peut se justifier en droit que comme l'application d'un principe indéfendable, a, en fait, des conséquences profondément regrettables. Nul n'ignore la façon dont sont recrutés les membres des conseils de famille; lorsque les parents et alliés du mineur n'habitent pas la localité

(1) Art. 442 du *Code civil*.
(2) Art. 443.
(3) Art. 444.
(4) Art. 442, 4°.

même où doit avoir lieu la réunion ou un rayon très rapproché, on appelle pour les suppléer des amis des parents défunts : ce sont souvent des indifférents désireux surtout de se débarrasser le plus rapidement possible d'une corvée ennuyeuse ; ce sont parfois aussi des mandataires qui ne connaissent ni le mineur, ni les siens, ni même leurs mandants. Et ce sont six personnes ainsi choisies, ainsi « recrutées », qui trancheront les questions intéressant le plus gravement la personne et les biens d'un enfant, tandis qu'on aura obligatoirement écarté de cette réunion les belle-sœur, tante, grand'tante, etc., en un mot toutes les personnes de sexe féminin que leur parenté ou leur alliance attachent par des liens réels au mineur que la loi veut protéger !

Domat, cité par tous les bons auteurs, essaye de justifier cette incompréhensible exclusion en disant que la tutelle demande une autorité et oblige à des fonctions qu'il serait *indécent* que la femme exerçât à l'égard d'autres personnes que ses enfants. Nous avouons ne pas saisir ce qu'il peut y avoir de particulièrement indécent pour une tante, qui a recueilli chez elle des neveux ou des nièces orphelins, à joindre la qualité légale de tutrice à l'autorité quasi-maternelle qu'elle exercera sur ces enfants. Il nous semble au contraire parfaitement illogique que cette femme, qui rend à des orphelins auxquels l'attachent les liens du sang un service si considérable, ne puisse pas, parce que femme, avoir sur leur personne et sur leurs biens les droits que la loi permet d'attribuer à un indifférent à la seule condition qu'il soit du sexe masculin. — Et qu'on ne nous reproche pas d'avoir choisi

un cas trop favorable à notre thèse : il est absolument certain que si notre Code civil avait appelé les parents sans distinction de sexe à former le conseil de famille, ou s'il avait même exigé que trois hommes au moins fissent partie de cette assemblée, on n'eût investi une femme des fonctions tutélaires que dans des cas comme celui que nous venons d'envisager. Dans toutes les autres hypothèses le conseil de famille eût, de préférence, porté son choix sur un homme.

D'ailleurs l'explication de Domat, et toutes celles qu'on a essayé de donner après lui pour justifier l'inégalité que nous signalons, ne vise que la tutelle : elle reste absolument sans portée, lorsqu'il s'agit uniquement de participer aux délibérations des conseils de famille.

Nos adversaires sont alors obligés de se rejeter sur la prétendue inexpérience des femmes, et l'argument tiré de l'infériorité sexuelle trouve ici des développements tout indiqués.

Mais on ne se rend pas compte qu'en raisonnant ainsi on accuse le Code civil d'illogisme puisqu'après avoir décidé que « *ne peuvent être tuteurs ni membres d'un conseil de famille : 1° les mineurs excepté le père ou la mère ; 2° les interdits ; 3° les femmes...* » l'article 442 ajoute « *autres que la mère et les ascendantes* ». Nous savons bien que les partisans du système du Code, après avoir indiqué le privilège dont elles jouissent, ajoutent : « L'exception établie au profit de la mère et des ascendants se justifie d'elle-même : leur affection pour le mineur suppléera à leur inexpérience. »

La phrase, certes, est jolie : la raison, par contre,

nous semble presque insuffisante. La vérité, c'est que le législateur de 1803 a, en écartant la femme de la tutelle, obéi aux mêmes sentiments de défiance qui lui ont inspiré quelques-unes des diverses incapacités que nous avons jusqu'ici passées en revue. En faisant une exception pour la mère et les aïeules, il se bornait encore à suivre les errements du droit romain qui, dès avant Justinien, avait admis l'une et les autres à remplir les fonctions tutélaires (1).

Les législateurs du Code civil avaient même poussé si loin l'assimilation qu'ils avaient tout d'abord songé à déférer de plein droit la tutelle au père et à ne donner à la mère survivante que le droit d'être choisie par le conseil de famille. Le projet fut rédigé dans ce sens ; mais on se rendit compte à temps de l'injustice de cette mesure, et l'article 390 fut ainsi définitivement conçu : « *Après la dissolution du mariage arrivée par la mort (naturelle ou civile) de l'un des époux la tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère.* »

Mais les articles 391 à 396 apportèrent immédiatement au droit de la mère des restrictions importantes.

Quatre différences, en effet, existent entre la tutelle du père survivant et celle de la mère survivante. Tout d'abord le père, en prévision du cas où sa femme serait appelée à exercer la tutelle sur ses enfants mineurs, peut nommer à celle-ci, soit par acte de

(1) V. G. Bourcart, sur J. Muirhead, *Introduction au droit privé de Rome*, p. 528.

dernière volonté, soit par une déclaration faite devant le juge de paix ou devant notaire, un conseil de tutelle. Celui-ci n'est autre qu'une personne spécialement chargée par le mari d'assister la femme, soit pour tous les actes relatifs à la tutelle, soit pour quelques-uns de ces actes, limitativement déterminés, seulement. Sans l'autorisation, ou mieux sans l'assistance du conseil désigné par son mari, la femme ne pourra faire aucunement acte de tutrice : la doctrine et la jurisprudence sont, en effet, d'accord sur ce point, qu'il ne suffit pas à la mère de prendre l'avis du conseil de tutelle sauf à ne pas le suivre, mais qu'elle est liée par son avis, en ce sens qu'elle ne peut pas accomplir les actes auxquels celui-ci refuse de donner son assentiment.

Le père peut donc, par une simple manifestation de sa volonté, restreindre, avant de mourir, les droits de la mère sur ses enfants, dans une proportion telle que sa tutelle devient purement nominale. Est-il nécessaire de faire observer qu'aucun pouvoir semblable n'a été accordé à la mère au regard du père, pour le cas où il serait appelé à devenir tuteur ? A la vérité, les maris nomment très rarement, dans la pratique, des conseils de tutelle à leurs femmes et l'institution a, par conséquent, peu d'importance. Mais n'est-ce pas une raison pour la faire disparaître de nos lois ? Les restrictions apportées aux droits des individus ne sont admissibles que lorsqu'elles répondent à une nécessité évidente : les mœurs ont prouvé l'inutilité des conseils de tutelle. On peut donc, dès à présent, prévoir que leur suppression s'effectuera sans donner lieu à une difficulté sérieuse. Si, en

abrogeant les articles 391 et 392 de notre Code civil, le législateur de l'avenir ne donne pas aux femmes un privilège bien considérable, il fera au moins entrer un peu plus d'harmonie dans une matière où les auteurs du Code de 1803 ont accumulé comme à plaisir les différences basées sur le sexe.

Une autre particularité de la tutelle de la mère nous est indiquée par l'article 393 ainsi conçu : « *Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille.* » Destinée à empêcher les fraudes auxquelles la suppression, la supposition et la substitution de part peuvent donner lieu, l'institution de ce curateur spécial, si grossièrement dénommé, est un legs du droit romain. Elle revêtait autrefois, avec son cortège de cinq matrones, des formes blessantes et donnait à celui qui était investi de cette curatelle particulière des pouvoirs que Toullier qualifie d'inquisitoriaux ; et, avec juste raison, l'excellent jurisconsulte ajoute, d'ailleurs, que « nos mœurs proscrivent, aujourd'hui, une inquisition blessante, immorale et qui pourrait dégénérer en attentat à la liberté individuelle » (1). En réalité, le curateur au ventre n'exerce plus guère ses fonctions dans notre pays que vis-à-vis des biens du mari défunt dont il a l'administration (2). Devenant de plein droit subrogé-tuteur du mineur, lors de sa naissance, le curateur

(1) Toullier. *Droit civil français*, t. II, n° 400.

(2) Il a même été jugé qu'il suffit que la veuve se déclare enceinte pour que les parents n'aient pas le droit d'exiger que la déclaration de la veuve soit vérifiée par une visite de matrones (Aix, 19 mars 1807, Aff. Chiousel).

au ventre exécute, dans l'intérêt de l'enfant à naître, les opérations les plus urgentes, et à cela se borne son intervention. Le Code civil considérant d'une façon générale l'enfant conçu comme déjà né lorsqu'il s'agit de l'exercice de ses droits, la nomination d'un curateur avant sa naissance s'explique parfaitement, mais à la condition de n'accorder à celui-ci que les pouvoirs habituellement reconnus au subrogé-tuteur. La dignité de la femme gagnerait au remplacement du curateur au ventre par un « curateur à l'enfant à naître » (1) et l'intérêt des héritiers du mari serait une garantie suffisante contre les fraudes que l'épouse survivante pourrait tenter de commettre.

La troisième différence que consacre notre Code entre la tutelle du père survivant et celle de la mère survivante est toute à l'avantage de la femme. Elle n'en a pas été moins vigoureusement attaquée par certaines féministes avancées. « *La mère*, dit l'article 394, *n'est pas tenue d'accepter la tutelle* », et cette possibilité pour la femme de se décharger d'un fardeau qu'elle juge trop lourd pour ses faibles épaules semble à quelques-unes de ces dames presque une injure ! On s'en étonnera moins lorsqu'on saura que les marques même de respect que leur mesure pourtant notre déclinante galanterie semblent à ces mêmes personnes une preuve d'odieux servage (2). Pour nous, qui n'osons pas pousser le féminisme jus-

(1) C'était le terme même employé dans le projet du Code. Voir à ce sujet Locré, t. VII, p. 99 et 159.

(2) L'idée et le mot sont rapportés dans le très intéressant et très impartial article sur le *Mouvement féministe* paru dans le « Correspondant », sous la signature de Mme Dronsart.

qu'à la grossièreté, nous ne nous sentons pas le courage de réclamer sur ce point une réforme quelconque du Code civil, et nous continuerons à admettre que la mère qui ne se sentira pas les qualités nécessaires pour gérer la fortune de ses enfants mineurs puisse s'en rapporter, pour remplir cette fonction, à la personne, homme ou femme, que désignera leur conseil de famille.

La quatrième différence, enfin, entre la tutelle des père et mère a trait au convol de l'époux survivant. Le nouveau mariage contracté par le père, tuteur légal de ses enfants, est sans influence sur la tutelle qu'il exerce : au contraire, la deuxième union de la mère peut entraîner comme conséquences la perte de la tutelle dont la loi l'avait investie. L'article 395, qui consacre cette différence, est ainsi conçu : « *Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit et son nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée.* » Nous ne pouvons qu'approuver pleinement la mesure de précaution qu'a prise le législateur de 1803 à l'égard des enfants : un nouveau mariage peut en effet changer totalement les sentiments des parents à leur égard.

Toutefois il ne nous semble pas qu'un parâtre soit plus dangereux pour les mineurs qu'une marâtre. L'expérience au contraire semble prouver que l'influence d'un second mariage est bien plus vivace sur le mari que sur la femme. Il semblerait donc tout

naturel que l'article 395, pour maintenir, en cas de convol, dans la tutelle le père ou la mère, exigeât une délibération du conseil de famille. Le père, en effet, entraîné par la passion, peut contracter une union avec une femme absolument indigne, dont la domination sera d'autant plus dangereuse que ses scrupules seront moindres. Et les proches parents des mineurs, ceux qui leur portent le plus d'intérêt, ne pourront en aucune façon intervenir pour soustraire ces enfants à la tutelle d'un père qu'abandonne toute dignité.

Cette inégalité de traitement entre le père et la mère est d'autant plus regrettable qu'elle a été décidée après une assez longue discussion lors de l'élaboration de notre Code civil. Le projet primitif, en effet, exigeait une délibération du conseil de famille pour que fût maintenu dans la tutelle qu'il exerçait celui des deux époux qui se remariait. Sur l'initiative personnelle du Premier Consul, l'article fut rédigé tel qu'il existe dans notre Code.

Lors de la discussion au Conseil d'État (1), Tronchet demanda bien le retour à la rédaction primitive en s'appuyant sur l'identité de motifs que nous avons indiquée ; mais Bigot-Préameneu lui répondit qu'il y avait une différence réelle entre le père et la mère. « Le père, en se remariant, devient le chef de la nouvelle famille, il reste le maître de ses affaires ; c'est lui qui, de fait et de droit, continue à gérer la tutelle. Tandis que la mère qui convole en secondes noces,

(1) Séance du Conseil d'État du 22 vendémiaire an XI, n° 13 (Locré, t. III, p. 386).

tombant sous la puissance du second mari, c'est celui-ci qui, de fait, administrera les biens des enfants du premier lit et prendra soin de leur personne. Dès lors, il faut que le conseil de famille intervienne pour examiner si le second mari mérite d'être chargé de la mission qu'il est appelé à exercer. » En rapportant ces arguments, M. Laurent, fort justement, ajoute : « Il y a du vrai dans cette remarque, mais elle ne répond pas suffisamment à la critique de Tronchet ; reste toujours le défaut d'affection qui rend le père indigne de la tutelle aussi bien que la mère (1). »

La distinction du sexe, que notre Code a si clairement marquée entre le père et la mère survivants, se retrouve aussi nettement indiquée dans tout le chapitre relatif à la tutelle.

L'article 402 s'exprime en effet ainsi :

Lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant de ses père et mère, la tutelle appartient de plein droit à son aïeul PATERNEL ; *à défaut de celui-ci à son aïeul maternel et ainsi de suite en remontant de manière que* L'ASCENDANT PATERNEL SOIT TOUJOURS PRÉFÉRÉ *à l'ascendant maternel du même degré.*

Pourquoi, a-t-on fort justement dit, cette préférence systématique de l'aïeul paternel à l'aïeul maternel, sans discussion, sans examen : et pourquoi cette suprématie — même quand il s'agit de deux hommes — de l'ascendant paternel sur l'ascendant maternel du même degré ? « Le privilège, disait fort justement

(1) LAURENT, *op. cit.*, t. IV, p. 497.

M. Colfavru (3), accordé au *nom* du chef de la famille, dans la surveillance et dans l'administration de la personne et des biens du mineur orphelin ne résulte que de la conception sociale et politique de l'ancien régime ; et manifestement elle est en contradiction avec les principes rationnels qui, depuis la Constitution de 1791, servent de base à notre organisation démocratique. Ce sont là des distinctions arbitraires qui doivent disparaître... »

L'article 403 procède du même ordre d'idées que l'article 402 : « C'est toujours — et ici nous rendons la parole à M. Colfavru — la même présomption arbitraire de l'incapacité fatale de la femme allant jusqu'à préférer l'ascendant du père à l'ascendant de la mère, lors même que le premier n'aurait pour protéger le mineur aucune des qualités qui signaleraient le second à la préférence de la famille dans l'intérêt du pupille. »

Aussi lorsque, à la suite d'une campagne menée par M^lle^ Maria Deraismes, M. Ernest Lefèvre présenta à la Chambre, en 1887, une proposition de loi relative aux droits civils de la femme, il y fit entrer, à côté du droit de témoignage, l'accession des femmes à la tutelle et aux conseils de famille sur le pied d'égalité avec les hommes et la modification des articles 402 et 403, avec, comme conséquence, l'abrogation de l'article 404.

---

(1) « Rapport fait au nom de la Commission chargée d'examiner la proposition de loi de M. Ernest Lefèvre et plusieurs de ses collègues, relative aux droits civils des femmes », par M. Colfavru, député (Chambre des députés, *Annexe au procès-verbal de la séance du 11 février 1889*).

Cette double proposition donna lieu, on l'a déjà vu, à un rapport favorable présenté deux ans plus tard au nom de la commission chargée de l'examen du projet Ernest Lefèvre, par M. Colfavru, dont les conclusions ne purent être discutées à cause de la survenance de la fin de la législature. Reprise en 1890 par plus de 80 sénateurs, la proposition fut, on s'en souvient, scindée par ses auteurs mêmes et seule la partie concernant le droit pour la femme d'être témoin vint en discussion et fournit le texte de la loi du 7 décembre 1897. Quant à la partie relative à la tutelle elle sera vraisemblablement soumise dans un avenir prochain aux délibérations du Parlement. Voici d'ailleurs comment elle avait été formulée ; on verra que les auteurs de la proposition de loi, en appelant toutes les personnes sans distinction à l'exercice soit de la tutelle, soit de la subrogée-tutelle, avaient pourtant songé à sauvegarder pleinement la responsabilité de l'époux, au cas où la femme, choisie pour l'une ou l'autre de ces fonctions, était en puissance de mari :

ARTICLE 2

« Les articles 402, 403, 404, 442 du Code civil sont remplacés par les dispositions suivantes :

« ARTICLE 402. — Lorsqu'il n'aura pas été choisi au mineur de tuteur par le dernier mourant de ses père et mère, le tuteur est choisi par le conseil de famille parmi les ascendants ou ascendantes du degré le plus rapproché, sans distinction ni préférence entre la ligne paternelle et la ligne maternelle.

« ARTICLE 403. — A défaut d'ascendants et d'ascen-

dantes du premier degré, la tutelle passera de plein droit au survivant des ascendants et ascendantes du degré supérieur. Si la concurrence se trouve établie entre plusieurs bisaïeuls, le conseil de famille sera appelé à faire un choix, lequel aura lieu sans distinctin ni préférence entre la ligne paternelle et la ligne maternelle.

« Article 404. — Les femmes mariées, autres que la mère survivante, ne pourront être tutrices, subrogées-tutrices ni curatrices, sans l'autorisation de leur mari, qui sera de plein droit co-tuteur dans les conditions de l'article 396 du Code civil. La même disposition sera appliquée au mari dans tous les cas où sa femme aura été appelée, avec son autorisation, à exercer les fonctions de subrogé-tuteur ou de curateur.

« Article 442. — Ne peuvent être tuteurs, ni membres des conseils de famille : « 1° les mineurs, excepté le père ou la mère ; 2° les interdits ; 3° tous ceux qui ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens sont compromis. »

Ce texte, rédigé par M^lle^ J. Chauvin, le docteur en droit aujourd'hui bien connu, nous semble satisfaisant de tous points : complété par deux ou trois dispositions destinées à corriger les quelques inélégances juridiques que nous avons signalées en cette matière, il nous paraît pouvoir, dans un avenir prochain, réunir dans notre Parlement une majorité qui, en le faisant figurer dans nos lois, aura la louable ambition de faire disparaître de notre Code civil la dernière

des inégalités entre l'homme et la femme reposant uniquement sur la pseudo infériorité du sexe (1).

II

La recherche de la paternité.

Dans notre ancien Droit, aucun texte législatif ne réglait la preuve de la paternité naturelle : il en était de même des coutumes ; à l'époque des preuves légales aucune restriction n'avait été apportée aux pouvoirs du juge en matière de recherche de paternité : le témoignage continuait à être toujours admis même pour prouver la filiation adultérine.

Au commencement du XVII^e^ siècle, sous l'influence du droit canonique, les moyens de preuve s'élargirent encore. On regardait comme un élément convaincant la déclaration de paternité faite par la mère dans les douleurs de l'enfantement (2). Quoique ne reposant sur aucun texte, la maxime « *Creditur virgini parturienti* » exerça partout son influence : tous les auteurs ont signalé la fameuse sentence du Châte-

---

(1) Les femmes sont dès à présent admises à la tutelle dans un certain nombre de pays européens. C'est ainsi qu'en Italie le Code civil admet comme tutrices les sœurs germaines non mariées, les tantes, etc. Le nouveau Code civil allemand a été jusqu'au bout dans la réforme : il admet toutes les femmes à la seule condition, si elles sont mariées, d'obtenir l'autorisation de leur mari.

(2) « *Creditur virgini dicenti se ab aliquo agitano et ex eo prægnantem esse.* »

let de Paris qui condamna solidairement comme pères présumés plusieurs hommes qui avaient eu le même jour des relations intimes avec une jeune fille. (25 février 1661). Il est juste d'ajouter qu'à cette époque les effets de la reconnaissance volontaire ou forcée d'un enfant naturel n'entraînait qu'au paiement de dommages-intérêts à la mère, tant pour l'entretien de l'enfant que pour le sien propre.

Notre droit intermédiaire, si favorable aux enfants naturels qu'une loi du 12 brumaire an II les assimilait complètement aux enfants légitimes, fut, par contre, extrêmement dur pour le cas de reconnaissance forcée : la recherche de la paternité était en effet interdite dans tous les cas.

Les législateurs révolutionnaires avaient une fois de plus pris le contre-pied de l'ancien Droit. Comme on l'a fort justement fait remarquer, « les enfants naturels n'avaient guère gagné à ce changement de régime : ils avaient conquis tous les droits, moins celui essentiel de les faire valoir (1) ».

Si le Code de 1803 restreignit singulièrement les effets de la parenté naturelle, il resta aussi opposé à sa recherche que le droit intermédiaire.

En 1801, lors de la discussion du projet, Cambacérès demanda que la preuve de la paternité fût autorisée au cas de viol ou de rapt, et lorsque la paternité résulterait clairement d'écrits émanés du père ou lorsqu'il y aurait eu promesse de mariage. Ce fut Bonaparte qui s'opposa à l'admission de la proposi-

(1) Raoul de la Grasserie. *De la recherche et des effets de la parenté naturelle*, p. 12.

tion de Cambacérès. Peu de temps après, le Conseil d'État, dans sa séance du 2 frimaire an IX, discutant le titre des Actes de l'état civil, adopta une disposition autorisant la mère à faire insérer dans l'acte de naissance de son enfant le nom du père. De même, au Tribunat, divers orateurs, dans les séances des 4, 5, 6 et 7 nivôse, protestèrent contre l'interdiction de la recherche de la paternité : Andrieux notamment la qualifia de « maxime de fer » (1). Mais le Premier Consul n'aimait pas les résistances : cinq jours après le vote défavorable du Tribunat il retirait le projet, puis procédant à une « épuration » de cette assemblée, il éliminait deux de ses membres, Andrieux et Benjamin Constant. L'exemple porta des fruits : l'article 340 fut voté sans plus d'opposition.

Depuis, il a conservé sa place dans nos codes avec sa forme intransigeante et absolue « *La recherche de la paternité est interdite.* » C'est à peine s'il consent une exception, pour le cas d'enlèvement : la doctrine a bien essayé d'étendre ce tempérament au viol, mais sans succès, les travaux législatifs prouvant que Bonaparte s'était lui-même opposé à cette interprétation et que les mots « *rapt et viol* » figurant dans le projet primitif avaient été volontairement remplacés par celui d'enlèvement.

Cette rigueur de notre Code, à une époque où la morale sociale exerce sur le droit positif une influence de plus en plus considérable, où la nécessité de la protection des enfants naturels se traduit en

(1) Voir Fenet, t. VIII, p. 121 à 249.

dispositions législatives, cette rigueur, disons-nous, devait sembler excessive aux meilleurs esprits. Des jurisconsultes, des sociologues, des philosophes, des romanciers et des dramaturges, ont traité la question de la recherche de la paternité : tous s'accordent à dire qu'une réforme de l'article 340 s'impose. Il n'en est pas qui aient trouvé une formule satisfaisant pleinement la conscience publique tout en présentant des garanties suffisantes pour les divers intérêts qui sont en jeu lorsqu'il s'agit d'une question aussi délicate que celle qui nous occupe.

C'est qu'en effet, nous nous trouvons ici en présence de trois droits qui se contredisent sur nombre de points : celui de l'enfant, celui de la famille et celui de la société. Il semble bien que l'équité doive faire préférer le droit de l'enfant qui de beaucoup est le plus intéressant. Mais alors on se bute à des difficultés pratiques de plusieurs sortes.

En première ligne, il faut placer la difficulté de la preuve qu'il est, en matière de paternité, impossible de faire matériellement et directement. La nature, comme le disait fort justement Bigot-Préameneu, a couvert d'un voile impénétrable la transmission de notre existence. Etablirait-on que des relations ont existé pendant la période légale de conception entre une femme et un homme déterminé qu'il faudrait encore prouver, pour avoir la certitude de la paternité de celui-ci, ce fait négatif que la mère n'a pas eu, pendant la même période, de relations avec d'autres. La filiation légitime, il est vrai, ne repose pas davantage sur une preuve directe et matérielle de paternité, mais sur une preuve morale dont il ne sera pas

toujours impossible d'établir l'existence en matière de filiation naturelle.

La seconde difficulté provient du scandale qui résultera de la preuve judiciaire de certaines paternités, notamment lorsqu'il s'agira d'enfants adultérins et incestueux. Les recherches qu'il serait indispensable de faire jetteraient le trouble dans les familles ; elles permettraient que la honte atteignît des innocents.

La troisième difficulté enfin consiste dans la possibilité d'un chantage qui sera d'autant plus facile à exercer que l'administration de la preuve sera davantage facilitée.

La question était donc des plus délicates à trancher : le Code civil l'a résolue de la façon la plus simpliste qu'il soit : il a supprimé le problème pour n'en pas donner de solution. En ce faisant il n'a pas, comme on l'a fort bien dit, tenu la balance ; les droits de la famille et de la société sont sauvegardés ; tous les inconvénients sont empêchés ; mais un droit est brutalement sacrifié, celui de l'enfant.

« L'ordre moral est parfait, mais apparent et extérieur ; le désordre intérieur, le désordre réel, triomphe complètement. »

L'influence que l'article 340 peut avoir dans la vie courante a été indiquée d'une façon « tout algébrique » (1) par M. R. de la Grasserie dans son excellent ouvrage sur *la Recherche et les effets de la parenté*

(1) L'expression est de M. R. de la Grasserie lui-même qui déclare son intention de ne pas se laisser entraîner par le lieu commun ou la sentimentalité.

naturelle. Et encore l'intention de l'auteur n'est-elle pas de s'occuper du sort de la femme, mais uniquement de celui de l'enfant. Qu'on tire des pages que nous transcrivons ici la conclusion qui s'impose à l'égard de la mère :

« Dès avant que l'enfant soit né, dès qu'il est conçu, dès que la grossesse est certaine, une scission s'opère entre le père et la mère qui va aboutir à l'abandon de la mère et de l'enfant ; je considère les cas les plus fréquents. Ce n'est pas encore l'enfant qui en souffre directement, mais il le ressent indirectement avec elle, et bientôt le mal va devenir direct.

« La première idée qui se présente à l'esprit de la mère, délaissée bientôt, c'est l'avortement ; souvent l'idée devient réalité, l'enfant meurt avant d'avoir vécu, la société compte une naissance de moins, la mère une faute de plus, un délit cette fois ou un crime. Si elle résiste, c'est pis encore : à la tentation de l'avortement succèdera celle de l'infanticide, car elle sait de plus en plus, que l'enfant ne sera pas reconnu, sera abandonné.

« L'institution des tours pourrait seule la sauver de ce danger, et seulement d'une manière imparfaite, car alors, ou son accouchement sera notoire et si elle est débarrassée de la charge matérielle d'entretenir l'enfant, elle devra subir la honte de la maternité illégitime ; — ou son accouchement sera clandestin, et le soupçon de l'infanticide pèsera sur elle comme si elle l'avait réellement commis.

« Si elle succombe et commet un infanticide, elle sera punie de la peine de mort, dit le Code pénal,

d'une peine beaucoup moindre, décide la pratique... (1) tandis que le séducteur qui a commis la plus grande part de la faute reste impuni.

« Si elle résiste, elle aura désormais à lutter : 1° avec la honte ; 2° avec l'impossibilité morale de se marier, et avec le surcroît de charges pécuniaires, si comme presque toujours, elle appartient à la classe pauvre. Qu'on ne se préoccupe pas de la mère ! aussi bien il ne s'agit pas d'elle en ce moment; mais chacun de ses maux aura une répercussion sur l'enfant. Que fera-t-elle? En réalité cela dépendra de sa situation sociale, de son éducation et l'évolution, fatale avec tous ces points de départ, est mathématique. Si elle est sans ressources, se procurant plus difficilement du travail suffisant, et parce qu'ils sont deux et parce qu'il lui faut garder l'enfant, elle tombe dans la prostitution, et l'enfant suit tous les errements d'un enfant de prostituée; si elle est dans une situation plus aisée, ou mieux élevée, elle aura recours au suicide, et alors que deviendra l'enfant? ou elle cherchera à s'en débarrasser, le déposera au tour, — mais le tour n'existe plus, — l'enfant lui sera de nouveau imposé et deviendra un objet de haine. Dans une situation plus élevée l'enfant sera dissimulé, placé quelque part, jamais revu.

« Ce n'est pas tout; nous venons de décrire l'état déjà ancien correspondant au stade de civilisation où la femme n'avait pas d'autonomie dans la société, où

---

(1) Nous supprimons dans cette citation les mots : « Mais assez pour que l'enfant n'ait plus de protection naturelle » qui se sont glissés là certainement par inadvertance.

elle ne comptait que par l'homme, et devait subir seule, ou faire subir à l'enfant la situation misérable où elle se trouvait. Mais l'autonomie de la femme s'accroît chaque jour ; elle subit moins, et, faute de loi qui la protège elle et son enfant, elle se retourne vers l'auteur de la séduction, vers le père de l'enfant et se fait justice elle-même. C'est ce que les débats judiciaires nous révèlent souvent avec éclat. Les juges absolvent le drame passionnel, l'emploi du vitriol, du poison, contre l'auteur de la grossesse qui abandonna la mère et l'enfant, et nous retournons au stade antique de la civilisation rudimentaire qui admettait la vengeance privée, parce qu'il faut bien que justice se fasse par quelqu'un, et alors la question de la recherche de la paternité se trouve tranchée par la mort du père (1). »

De ce tableau fidèle d'une situation que tout chacun connaît et que l'on pourrait dramatiser à plaisir, résulte nettement cette impression qu'il existe entre le droit de la mère et celui de l'enfant une étroite solidarité et que les législations modernes doivent chercher à sauvegarder l'un et l'autre.

En réalité les différents peuples de l'Europe ont, jusqu'ici, complètement séparé les deux idées ; les peuples latins, ayant uniquement en vue le droit de l'enfant, lui confèrent, lorsqu'il est reconnu, un certain nombre de droits que les idées modernes les poussent à augmenter progressivement : par contre, ils ont une tendance marquée à empêcher toute

(1) R. de la Grasserie, *op. cit.*, p. 123 et suivantes.

recherche de la paternité ; les peuples germaniques, au contraire, qui ont davantage inné le respect des droits de la femme, accordent assez facilement à celle-ci un dédommagement sous forme d'indemnité pécuniaire, rendent la recherche de la paternité plus facile, mais limitent ses effets à l'égard des enfants ; une oscillation constante se produit entre ces deux idées : recherche de la paternité, effets de la paternité.

Les pays du groupe latin ont presque tous pris comme base, en matière de filiation naturelle, notre Code civil dont ils reproduisent les dispositions en les développant.

Le Code italien se borne à ajouter le viol au rapt comme exception à l'interdiction de rechercher la paternité (1) ; le Code civil espagnol plus récent (il date du 24 juillet 1889), outre les cas de viol, d'attentat ou de rapt, admet la reconnaissance forcée en cas : 1° de possession d'état d'enfant naturel, lorsque l'enfant justifie de cet état par des actes émanés du père et de la famille, et 2° quand il existe un écrit du père reconnaissant expressément sa paternité (2). Le Code portugais admet les mêmes cas de reconnaissance forcée que le Code espagnol : comme lui aussi il décide que l'action en recherche de paternité ou de maternité ne peut être intentée que pendant la vie

(1) Article 189 du Code civil italien. — Les Italiens seraient d'ailleurs, si nous en croyons quelques auteurs, disposés à changer sur ce point leur législation.

(2) Voir *Code civil espagnol*, traduit et annoté par M. Levé, 1889. *Collection des Codes étrangers*, tome I, article 135.

des parents présumés, à moins que ceux-ci ne soient décédés durant la minorité de l'enfant, auquel cas celui-ci aura un délai de quatre ans depuis sa majorité pour l'intenter, ou que depuis le décès du père ou de la mère on ait découvert un écrit signé d'eux par lequel ils reconnaissent leur paternité ou leur maternité (1).

En Grèce la recherche de la paternité est également interdite en principe : elle est toutefois, en vertu de l'art. 349, autorisée pour l'obtention d'aliments en cas d'écrit émané du père et en cas de mariage putatif.

La Belgique et la Hollande sont encore régies par les dispositions du Code civil français, mais le projet de réforme du Code civil belge, dont nous avons déjà parlé à diverses reprises, apporte sur le point qui nous occupe des modifications extrêmement importantes au droit actuellement en vigueur. Déjà l'avant-projet de M. Laurent, publié en 1883, ajoutait au cas d'enlèvement, prévu par notre article 340, celui où un viol aurait été commis, et celui où, en cas de promesse de mariage ou de séduction, existeraient un commencement de preuve par écrit ou des présomptions résultant de faits dès lors constants. — Le projet définitif est tout aussi libéral : il admet la preuve de la paternité par la possession d'état et sa recherche dans le cas d'enlèvement délictueux, de détention et de séquestration arbitraire, de viol ou d'attentat à la pudeur reconnu et condamné, et enfin dans le cas

(1) Voir *Code civil portugais*, traduit et annoté par M. Lepelletier, 1893 (même collection, tome VIII), articles 130 et suivants.

de séduction par promesse de mariage, par abus d'autorité ou par manœuvres frauduleuses, pourvu qu'il existe soit un commencement de preuve par écrit, soit des présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants.

Les pays germaniques, nous l'avons déjà dit, sont beaucoup plus larges pour la recherche de la paternité que les législations latines. Aucun pourtant ne va aussi loin que le nouveau Code civil allemand qui entrera en vigueur dans quelques mois. L'article 1572, en effet, tranche la question aussi nettement que notre article 340, mais en sens contraire. Il décide, en effet, que doit être réputé père d'un enfant naturel celui qui a eu des relations intimes avec la mère pendant la période légale de la conception, à moins que celle-ci n'en ait eu aussi pendant le même temps avec d'autres. Toutes les preuves sont admises : rien ne vient tempérer le radicalisme de cette solution. Mais, par contre, le père naturel ne doit à son enfant qu'une pension alimentaire et seulement jusqu'à l'âge de 14 ans. Encore l'enfant peut, avec l'assistance de son tuteur, transiger avec le père pour cette créance d'aliments. Le peu d'importance de son droit l'incitera à le faire et l'on évitera ainsi le scandale et les chances de chantage. Ce système, auquel on n'a pas ménagé de justes critiques, est d'une hypocrisie telle que nous lui préfèrons encore le système de notre Code civil qui, dans son exclusivisme, a au moins le mérite de la franchise.

L'Autriche est encore sous l'empire de son Code civil daté de 1811, qui admet la recherche de la paternité, mais renvoie au Code de procédure civile pour

l'indication des preuves admises. Aux termes de ce Code le père présumé de l'enfant naturel est celui qui a cohabité avec la mère pendant la période de la conception. De plus, l'inscription du nom du père sur les registres de l'état civil fait preuve contre lui lorsqu'elle est le résultat d'une déclaration faite soit par le curé soit par le parrain.

Le Code suédois est plus ancien encore (1734); il fait une distinction entre les enfants naturels nés à la suite de fiançailles officielles, rompues avant le mariage, et ceux nés de relations passagères. Les premiers sont légitimés, soit que le père ait épousé la mère à la suite d'un jugement l'y obligeant, soit que, refusant le mariage, il soit considéré comme un divorcé; les seconds n'ont droit qu'à être entretenus pendant leur minorité, mais ils peuvent faire la preuve de la paternité par tous les moyens possibles.

Les Codes norvégien et danois sont conformes, sur ces divers points, au Code suédois.

Des législations germaniques il faut rapprocher la législation anglaise qui dérive des mêmes principes. Dans les pays britanniques, le père et la mère naturels ne sont jamais tenus, vis-à-vis de leurs enfants, que d'une créance alimentaire et seulement jusqu'à l'âge de seize ans. La mère ne peut, en règle générale, intenter d'action en recherche de paternité que pendant sa grossesse ou dans l'année qui suit l'accouchement, et seulement si elle n'a pas les ressources suffisantes pour élever son enfant. La preuve de la paternité peut s'administrer par témoignages, mais corroborés par un commencement de preuves par écrit: le père prétendu peut faire la preuve contraire

par tous les moyens en son pouvoir et notamment en justifiant que, pendant la période de la conception, la mère a eu des relations intimes avec d'autres que lui.

Au cas où la filiation naturelle est prouvée à l'égard du père il est toujours condamné, quelles que soient sa position sociale et sa fortune, à une pension alimentaire fixe et invariable de cinq shillings par semaine, soit 325 francs par an. C'est là une règle originale que l'on ne retrouve nulle part ailleurs.

Enfin, les divers cantons de la Suisse ont chacun une législation différente, faite toute de coutumes, en ce qui concerne la filiation naturelle. Suivant leur position géographique ils se rattachent soit au groupement des pays latins, soit à celui des pays germaniques, mais en conservant une originalité parfois fort intéressante.

De l'examen rapide des diverses législations étrangères auquel nous venons de nous livrer, résulte, il nous semble, la pleine confirmation de ce que nous disions avant de commencer : à savoir que là où les droits des enfants naturels ont été développés la preuve de leur filiation est sinon impossible au moins fort difficile et qu'au contraire là où la recherche de la paternité a été admise presque sans restrictions les droits des bâtards sont réduits à leur plus simple expression.

La législation idéale, celle qui respectera les droits de l'enfant et de la mère comme ceux de la famille et de la société, celle qui rendra aussi facile que possible la recherche de la paternité tout en édictant des pres-

criptions destinées à pallier, autant qu'il se pourra, l'impossibilité de la preuve directe, les scandales de la procédure et les dangers de chantage, cette législation reste encore à trouver.

On a pourtant tenté chez nous, à diverses reprises, des efforts louables :

Le 16 février 1878, l'honorable M. Bérenger déposait sur le bureau du Sénat une proposition de loi tendant à modifier l'article 340 du Code civil. Le nouveau projet était ainsi conçu :

Article premier. — La recherche de la paternité est interdite sauf les cas : 1° d'enlèvement, de viol ou de séduction, lorsque l'époque de l'enlèvement, du viol ou de la séduction se rapporte à celle de la conception ; 2° de possession d'état dans les conditions prévues par l'article 321 du Code civil.

« Article 2. — L'action en recherche de la paternité ne peut être intentée que par l'enfant ou en son nom. Elle se prescrit par six mois à dater de sa majorité. Elle ne peut être exercée pendant sa minorité qu'après l'avis favorable du conseil de famille et la désignation d'un tuteur *ad hoc* chargé de le représenter dans l'instance.

« Article 3. — Elle est soumise à l'accomplissement des formalités prescrites en matière de séparation de corps par les articles 875, 877, 878 § 1 et 2, et 879 du Code de procédure civile.

« Article 4. — La preuve par témoins n'est admise que dans les conditions de l'article 323, et sous réserve de la preuve contraire conformément à l'article 324. »

Quoique accueillie très favorablement par la plu-

part des recueils de législation et de jurisprudence et par la presse honnête, quoique adoptée à l'unanimité par la commission d'initative et prise en considération sans discussion par le Sénat, la proposition de M. Bérenger n'arriva en discussion qu'au mois de décembre 1883, et encore accompagnée d'un avis défavorable de la Commission spéciale nommée pour étudier ses dispositions.

Défendu par MM. Bérenger, de Pressensé et Naquet, combattu par M. J. Cazot, que la Commission avait choisi comme rapporteur, le projet fut repoussé par le Sénat après trois jours de discussions, le 10 décembre 1883 (1). Un contre-projet de M. de Gavardie, quoique atténuant encore la proposition de la loi de M. Bérenger, fut repoussé sans discussion dans la même séance. Il eût dû pourtant être plus soigneusement examiné.

Une de ses dispositions notamment mérite d'être retenue : c'est celle qui décide que toute action en recherche de paternité doit être jugée en chambre du Conseil. C'était là une garantie sérieuse contre le scandale que ne devront pas oublier ceux qui, dans l'avenir, présenteront des propositions relatives à l'extension de la recherche de la paternité.

Quelques mois avant la discussion et le rejet des propositions de MM. Bérenger et de Gavardie au Sénat, en mai 1883, M. Gustave Rivet avait déposé sur le bureau de la Chambre des députés une propo-

(1) Voir *Journal officiel*, Sénat. *Déb. parl.*, pages 1419 et suiv.

sition de loi relative à l'abrogation pure et simple de l'article 340. Renvoyée à la Commission d'initiative parlementaire, cette proposition fut prise en considération par les commissaires, mais ne vint pas en discussion avant la fin de la législature.

Reprise le 10 juin 1890 et renvoyée à la septième Commission d'initiative parlementaire, elle en revint le 20 novembre avec un avis favorable au principe mais plein de restrictions quant à l'application. Le rapporteur de la Commission était M. G. Rivet, l'auteur même de la proposition.

La Chambre refusa de prendre ce projet en considération.

Il était ainsi conçu :

« Article premier. — La recherche de la paternité est admise pourvu qu'il y ait preuves écrites, ou faits constants ou témoignages suffisants.

« Article 2. — Si le père reconnu refuse d'épouser la mère, celle-ci est en droit de réclamer des dommages-intérêts et des aliments pour l'enfant.

« Article 3. — La femme peut déclarer sa grossesse, désigner le père et commencer l'instance, trois mois avant sa délivrance.

« Article 4. — Pendant la minorité de l'enfant, l'action en recherche de paternité appartient à la mère ou au tuteur.

« Article 5. — L'action en recherche de paternité se prescrit par six mois, à partir de la majorité de l'enfant.

« Article 6. — La fille âgée de plus de 25 ans ne sera pas admise à poursuivre un mineur de moins de 18 ans.

« Article 7. — Les revendications de paternité reconnues calomnieuses et de mauvaise foi seront poursuivies et punies des peines applicables en matière de diffamation.

« Article 8. — Est abrogé l'article 340 du Code civil et toute disposition contraire à la présente loi. »

Depuis, M. G. Rivet a repris, une deuxième puis une troisième fois, son projet, sans plus de succès d'ailleurs.

On ne saurait s'en étonner.

Un bouleversement complet de notre Droit civil en matière de recherche de la paternité a bien peu de chances d'être jamais accepté chez nous. Des propositions modérées comme celles de M. Bérenger, laissant subsister le principe édicté par l'article 340, quitte à y apporter tous les tempéraments conciliables avec une sage prudence, nous semblent au contraire devoir définitivement triompher de toutes les oppositions. De la lecture des débats qui eurent lieu au Sénat, nous est restée cette impression que la crainte du chantage était en réalité la seule raison sérieuse de l'opposition faite à la recherche de la paternité en cas de viol, de séduction accompagnée de manœuvres frauduleuses et lorsque l'enfant justifie d'une possession d'état conforme. Or, ne pourrait-on décider que l'action en recherche de paternité se débattra à huis-clos; que la reproduction des débats par la voie de la presse sera interdite et que la femme qui a intenté de mauvaise foi une action en recherche de paternité sera passible des peines édictées par l'article 400 § 2 du Code pénal, c'est-à-dire d'un emprisonnement de 1 an à 5 ans et d'une amende de 50 à 3,000 fr.?

Avec ces trois mesures, les dangers d'une action en justice, intentée sans bases sérieuses, nous semblent devoir, sinon complètement disparaître, tout au moins singulièrement s'atténuer.

Quoi qu'il en soit, il y a là une question qui, tant qu'elle ne sera pas résolue, sera constamment mise par la conscience publique à l'ordre du jour de nos assemblées délibérantes. Le problème est, on l'a dit fort justement (1), « un des plus considérables et des plus élevés qu'un Parlement puisse avoir à traiter. Il ne touche pas seulement en effet aux plus hautes questions de législation, de morale, de responsabilité civile, d'humanité ; il se rattache encore aux intérêts les plus graves de la famille, à ceux des couches inférieures, dont il faut bien qu'une démocratie fasse un des principaux objets de ses préoccupations, et enfin aux intérêts même de la société. »

La jurisprudence qui, heureusement, ne s'en tient pas toujours à la stricte et froide interprétation des textes, qui, lorsqu'elle le peut, fait à côté de la question de droit, intervenir la question d'équité, la jurisprudence a depuis longtemps corrigé ce que l'article 340 pouvait avoir de particulièrement injuste au cas de séduction. Faisant application de l'article 1382, elle considère la femme séduite comme victime d'un dommage causé par la faute du séducteur et elle prononce contre celui-ci une condamnation à des dommages-intérêts. Par un arrêt du 24 mars 1845, la

(1) Discours de M. Bérenger au Sénat. *Journal officiel, Déb. parl.* Séance du 7 décembre 1883, page 1420.

Cour de cassation a, pour la première fois, approuvé cette manière de voir ; depuis lors, elle est restée fidèle à ce système.

Chaque fois que la séduction a été opérée à l'aide de moyens coupables, tels que promesse de mariage, manœuvres dolosives, ou abus d'autorité, la femme peut obtenir un dédommagement pécuniaire dont l'importance varie avec le nombre des enfants nés de ses rapports avec son séducteur.

Ainsi se trouve, grâce à nos tribunaux, palliée dans une certaine mesure l'extrême dureté de l'article 340. Mais il est malheureusement des cas où la jurisprudence est désarmée : c'est lorsque, pour obtenir des dommages-intérêts, la fille séduite est obligée de faire directement la preuve de la paternité. Alors les tribunaux sont obligés de repousser la demande et d'appliquer l'article 340 (1).

On voit donc que, quelque désir qu'elle en ait, la jurisprudence ne peut pas, dans tous les cas, juger en pleine équité. L'obligation même où elle est de tourner la loi prouve la nécessité qu'il y a de la réformer. Puissent nos législateurs bientôt comprendre, avec M. Laurent, qu' « à force de protéger les honnêtes gens on finit par donner une prime d'encouragement à ceux qui n'ont ni foi ni loi (2). »

---

(1) Rennes, 11 avril 1886, D. P. 1866, II ,184.
(2) Laurent, *op. cit.* t. IV p. 130.

III

Réforme de notre système matrimonial.

Notre régime légal de communauté a donné lieu, nous l'avons déjà vu, à de nombreuses critiques, les unes exagérées et sans fondement, les autres au contraire parfaitement justifiées.

Nous avons, au début de cette étude, défendu le législateur de 1803 contre certaines attaques tendant à le rendre responsable des inconvénients que présente notre système légal ; nous avons essayé de prouver que seules les modifications que les mœurs avaient introduites dans nos habitudes journalières avaient bouleversé ses prévisions et fait tourner contre la femme quelques-unes des garanties dont l'avait munie le Code civil.

Mais si ces inconvénients ne peuvent être reprochés aux rédacteurs de 1803, ils existent pourtant, ils n'en faussent pas moins son système, et l'on conçoit parfaitement que des jurisconsultes et des sociologues aient cherché à faire cadrer davantage avec nos idées modernes des dispositions vieilles déjà de près d'un siècle. Il nous semble même désirable que, s'aidant des leçons de l'expérience, examinant les réformes apportées à des régimes identiques fonctionnant tout près de nous, nos législateurs recherchent, dans un avenir prochain, quelles modifications pourraient être utilement introduites dans notre système légal.

C'est tout d'abord vers la composition de la communauté que pourra se tourner leur attention. La

règle qui fait considérer comme biens communs tous les meubles appartenant aux deux époux lors de la célébration du mariage ou leur advenant pendant son cours, même à titre de succession ou de donation, amène parfois entre les époux une inégalité frappante. Il suffit, pour s'en apercevoir, de supposer que l'un des conjoints ait apporté en mariage uniquement des immeubles, tandis que l'autre ne possédait que des meubles. Sous le régime légal, lorsque arrivera la dissolution de la communauté, le premier reprendra non seulement tous ses apports immobiliers s'ils existent encore en nature ou leur prix s'ils ont été vendus, mais encore la moitié des meubles apportés en mariage par le second et qui sont tombés dans la communauté.

On objecte que notre hypothèse se produira rarement, que lorsque les époux auront une certaine fortune ils feront dresser un contrat de mariage et adopteront un régime autre que celui de la communauté légale. Notre réponse est fort simple : la fortune des deux époux, en se mariant, peut être parfaitement égale et pourtant, par suite de successions et de donations, qu'ils n'ont pas pu prévoir ou dont ils n'ont qu'imparfaitement mesuré l'importance, la communauté pourra s'enrichir de biens considérables qui, quoique échus à l'un seulement des époux, se partageront par moitié lors de la dissolution de leur union. D'autre part, l'argument tiré de la possibilité de modifier le régime légal en faisant un contrat de mariage ne saurait avoir une réelle portée. Le système de droit commun doit, plus qu'aucun autre, être fondé sur la justice ; il doit protéger et garantir les intérêts de

chacun, de telle sorte qu'il ne soit besoin de le modifier, en usant de la liberté des conventions matrimoniales, que dans des cas exceptionnels.

Au moment de la rédaction du Code civil la question des propres mobiliers n'avait de longtemps pas l'importance qu'elle a acquise de nos jours. Les formes de la richesse se sont, depuis un siècle, singulièrement modifiées. Alors qu'actuellement la fortune immobilière tend de plus en plus à perdre de son importance, elle était encore, en 1803, considérée comme la seule véritablement et solidement assise. *Res mobilis*, *res vilis*, disaient encore volontiers les rédacteurs du Code, et c'est sous cette impression qu'ils ont édicté la distinction vieillie entre meubles et immeubles que l'on retrouve à chaque pas dans leur œuvre. L'un d'entre eux pourtant, Malleville, semble avoir compris toute l'importance qu'avait déjà, au commencement du siècle, la fortune mobilière. Il demanda en effet formellement que la communauté fût limitée aux acquêts (1); on ne l'écouta pas ou plutôt on lui répondit par deux arguments tirés de la modicité des ressources des époux mariés sans contrat et de la difficulté de la preuve. Nous avons vu ce que vaut l'une de ces raisons, nous dirons tout à l'heure ce qu'il faut penser de l'autre.

La seconde objection faite au régime de la communauté a trait à l'étendue trop considérable des pouvoirs du mari et à la part presque nulle faite à l'activité de la femme. Nos idées modernes, dit-on,

(1) Fenet, *op. cit.*, XIII, 551.

s'accommodent mal de cette inégale répartition des droits et des privilèges : nos mœurs contredisent à cet égard le Code d'une façon formelle (1). Le législateur doit donc mettre d'accord la théorie et la pratique et ne pas laisser subsister un état de droit tout à fait différent de l'état de fait. Pourquoi, d'autre part, maintenir dans nos lois l'article 1421 qui décide que le mari pourra seul vendre, aliéner et hypothéquer les biens communs, alors qu'il n'a de droits absolus que sur les meubles et qu'en fait pour toute aliénation immobilière et toute hypothèque le consentement de sa femme lui est indispensable ? Mais on va plus loin encore. S'appuyant sur des raisons que nous avons nous-même fait valoir lorsque nous examinions la loi du 6 février 1893 sur la capacité de la femme séparée de corps, on affirme que l'incapacité de l'épouse, telle qu'elle a été comprise par le Code civil, n'a plus de fondement réel ; on compare notre législation avec d'autres plus libérales ; on cherche à prouver qu'autre chose est la direction morale de l'association conjugale et autre chose sa direction économique. Puis,

(1) C'est un point sur lequel nous nous plaisons à insister : il nous semble en effet que pratiquement l'importance du rôle de la femme mariée est beaucoup plus considérable que notre droit civil ne le désirait ; ses droits, d'autre part, sont dans la pratique bien plus étendus que ne le laisserait supposer le Code. C'est ainsi par exemple — ces deux faits nous ont été très aimablement signalés par M. le Doyen Lederlin — que l'Administration des Postes refuse de remettre au mari les lettres recommandées ou chargées à l'adresse de sa femme, et que la plupart des Sociétés, même anonymes, n'admettent pas l'intervention du mari agissant comme exerçant les droits de l'épouse.

passant à un autre ordre d'idées, on montre les dangers de l'omnipotence maritale en matière d'administration de la communauté, on réclame en vertu de nécessités sociales dont l'importance a été déjà presque partout reconnue, la libre disposition pour la femme des produits de son travail, la constitution d'un pécule spécial qui sera complètement soustrait au mari.

Et dans chacune de ces idées qui nous sont déjà familières il y a, nous l'avons vu, une grande part de vérité.

On s'attache enfin aux privilèges accordés par le Code civil à la femme mariée ; on montre l'insuffisance des garanties dont elle jouit et qui, dans l'esprit des législateurs de 1803, devaient servir de contre-poids aux droits du mari : la séparation de biens arrive presque toujours trop tard ; l'obligation solidaire empêche l'effet de la renonciation à la communauté ou du bénéfice d'émolument; l'hypothèque légale, par le fait de la subrogation, se tourne contre la femme et, au lieu du premier rang, lui vaut le dernier parmi les créanciers hypothécaires.

De toutes ces critiques la conclusion pour les féministes les plus résolus, c'est qu'il nous faut, en France, abandonner le régime de la communauté pour celui de la séparation de biens qui seul répond pleinement aux nécessités et aux tendances modernes.

Cette idée a été éloquemment défendue notamment par M. Louis Bridel (1), le distingué professeur de la

(1) L. Bridel : *Le Droit des femmes et le Mariage*, ch. IV, page 60.

Faculté de droit de Genève, dont nous avons à diverses reprises, au cours de cette étude, signalé les remarquables travaux.

Après avoir, à l'aide de statistiques, montré que la séparation de biens est loin d'être, comme on le prétend, « un régime exceptionnel et incompatible avec la nature du mariage », puisqu'il représente le plus fort contingent numérique de l'Europe (1), M. Bridel s'attache à prouver que la séparation de biens est, tant au point de vue du droit positif qu'au point de vue rationnel, le meilleur régime. Il la montre s'implantant et s'acclimatant chez les peuples les plus divers en fait d'organisation politique, en fait de culture et de mœurs, de langue, de race et de religion. La Russie, l'Angleterre et l'Italie lui servent à cet égard d'exemple. C'est la simplicité et la clarté de la séparation de biens qu'il vante surtout en lui opposant la complication des régimes de communauté, et il termine par une citation de Stuart Mill qui dès 1859, écrivait : « Il y a des personnes dont les sentiments sont froissés à la pensée d'une séparation de biens comme une négation de l'idée de mariage, la fusion de deux vies en une. Pour ma part, je suis aussi énergiquement que personne pour la communauté de biens quand elle résulte d'une entière unité de sentiments entre les propriétaires, qui fait que tout entre eux est commun. Mais je n'ai aucun goût pour la

(1) Les régimes de communauté représenteraient 80 millions, les régimes sans communauté 90, le régime de la séparation de biens 150 et 40 millions seraient représentés par des régimes inconnus ou indéterminés.

doctrine en vertu de laquelle ce qui est à moi est à toi, sans que ce qui est à toi soit à moi ; je ne voudrais d'un traité semblable avec personne, dût-il se faire à mon profit. L'injustice de ce genre d'oppression qui pèse sur les femmes est généralement reconnue ; on peut y remédier sans toucher aux autres points de la question et nul doute qu'elle ne soit la première effacée. »

Nous avons déjà, au cours de cette étude, indiqué quel est à cet égard notre sentiment : la séparation de biens ne nous semble cadrer ni avec l'idée spéciale que nous nous faisons du mariage, ni surtout avec nos mœurs françaises. La communauté est trop profondément enracinée chez nous, elle est trop enfant de notre sol pour qu'on puisse espérer la faire disparaître et la remplacer, du jour au lendemain, par un régime totalement différent et dont l'adoption est considérée aujourd'hui comme une marque de défiance vis-à-vis du mari.

Un changement aussi radical nous semble d'ailleurs non seulement impossible, mais encore inutile. Il est en effet un régime pour lequel se sont manifestées jusqu'ici les préférences de la grande majorité de ceux qui font un contrat de mariage, un régime qui palliera dans une très large mesure les inconvénients de la communauté légale : nous voulons parler de la communauté réduite aux acquêts.

En le proposant comme système de droit commun à l'attention des législateurs de l'avenir, nous ne croyons en aucune façon avoir découvert une nouveauté. Nombre d'auteurs ont, en effet, manifesté

leur préférence pour ce régime. Ceux qui, à l'heure actuelle, éprouvent encore une hésitation semblent être uniquement retenus par la difficulté qu'il y a de faire la preuve des apports mobiliers des époux. Nous allons essayer de montrer que cette question n'est pas si périlleuse qu'on veut bien l'affirmer.

Et tout d'abord, il est une série de meubles dont on peut parfaitement, lors de la dissolution de la communauté, prouver l'existence au moment du mariage. Ce sont les obligations hypothécaires, les créances ayant date certaine, les offices, les titres nominatifs, les livrets de caisse d'épargne, bref, tous les biens et valeurs dont l'acquisition et la transmission sont constatées par des écrits soumis d'une façon quelconque au contrôle de l'État. Cette catégorie comprend déjà la très grande majorité des valeurs mobilières ; on pourrait donc, au besoin, se borner à considérer comme propres les biens que nous venons d'énumérer, en y joignant ceux qu'une donation ou une succession feraient échoir à l'un ou l'autre des conjoints et que constaterait un inventaire. Mais on pourrait aller plus loin encore, et voici comment : au moment du mariage les futurs époux établiraient en un simple état sur timbre, enregistré gratis ou à peu de frais, tous leurs apports mobiliers et immobiliers dont la constatation présenterait ainsi toutes les garanties désirables; la rédaction d'un contrat de mariage ne serait plus exigée que lorsqu'il s'agirait d'apporter des modifications au régime légal et notre état, certifié véritable par les deux futurs époux et enregistré, ferait pleine foi au moment de la dissolution de la communauté. Il y a là, croyons-nous, un

moyen pratique et des plus simples de trancher cette fameuse question de la preuve des apports qui a fait couler tant d'encre et qui a peut-être empêché, lors de la discussion du Code civil, le régime de la communauté réduite aux acquêts de devenir notre système de droit commun.

Mais l'innovation que nous proposons ne répond qu'à la première série d'objections faites à notre régime légal naturel; recherchons ce qu'il y aurait lieu de faire pour pallier les inconvénients résultant de l'incapacité légale de la femme mariée et de l'inégale répartition des pouvoirs des deux époux.

Ici les modifications devraient être introduites plus lentement, après un examen très approfondi de la question. Deux solutions, tout d'abord, seraient possibles, qui pourraient au besoin intervenir successivement : l'une, la plus urgente et la plus rationnelle, consisterait à déclarer la femme mariée pleinement capable, quitte à lui enlever, dans certains régimes et notamment sous le régime légal, une partie de ses droits ; l'autre, plus délicate, pourrait conserver à l'épouse sa pleine capacité, même dans le régime de droit commun, en décidant que ses actes ou obligations n'engageraient que ses biens propres et non pas ceux de son mari ou ceux de la communauté, c'est-à-dire les acquêts.

Que l'on adopte l'un ou l'autre de ces deux systèmes, les droits du mari sur les biens communs pourront être réduits sans inconvénient. Toutes les opérations importantes, telles que vente, aliénation, hypothèque, devraient désormais réunir le concours

des époux (1). Quant aux actes d'administration, ils seraient faits par le mari seul : seul aussi celui-ci conserverait la libre disposition des fruits des biens propres. Avec ce système la collaboration de l'épouse aux actes importants de la communauté serait assurée et, en même temps, le mari ne serait pas gêné par l'obligation de s'assurer le concours de sa femme pour les opérations sans importance. De plus (et ceci serait une compensation très appréciable) il aurait, dans notre système, la complète disposition de ses biens propres, dont il pourrait faire ce qui lui plairait sans l'assentiment de qui que ce soit ; on pourrait également lui donner la faculté d'engager seul les biens communs, ce qui permettrait à son activité de se déployer complètement.

Les produits du travail de la femme seraient, pendant la durée de la communauté, considérés comme biens propres de celle-ci ; on pourrait lui en réserver, soit la simple administration, soit la pleine propriété ; quant à ses propres véritables, ils ne seraient jamais engagés qu'avec son assentiment.

Lors de la dissolution du mariage, chacun des

---

(1) Cambacérès avait proposé à la Convention un projet qui allait beaucoup plus loin, mais qui eût présenté des difficultés pratiques absolument insurmontables. D'après ce projet le moindre acte d'administration devait être accompli par les deux époux conjointement. Le même reproche d'impossibilité d'application peut être adressé au régime imaginé par M. Laurent, dont nous avons parlé page 25, note 1. Nous ne songeons en aucune façon à pousser aussi loin la collaboration obligatoire des deux époux que nous voudrions ne voir exiger que pour les actes véritablement importants : tels ceux dont nous venons de faire l'énumération.

époux ou sa succession exercerait la reprise des biens par lui apportés en mariage ou qui lui seraient échus par succession ou donation. Le surplus, considéré comme acquêts, serait partagé par moitié sans tenir compte de la nature qu'avaient les biens pendant le mariage. On appliquerait en un mot les règles qui, à l'heure actuelle, régissent la liquidation d'une communauté réduite aux acquêts.

Toutefois, la collaboration active de la femme aux actes de disposition et aux engagements importants obligerait à modifier, d'une façon assez profonde, les privilèges que le Code ne lui avait attribués qu'à raison du rôle très effacé dans lequel il voulait la maintenir. Son hypothèque légale, notamment, pourrait être totalement supprimée. Nous avons vu que cette mesure ne serait pas très préjudiciable à la femme et elle aurait l'avantage d'augmenter le crédit du mari. Ainsi serait réalisée sur ce point la réforme de notre droit hypothécaire dont il est question depuis de si longues années, et pour laquelle on n'a guère proposé que des demi-mesures. Quant à la renonciation à la communauté elle serait ou non maintenue, suivant que le droit du mari d'engager seul les biens communs serait plus ou moins étendu.

Quelle que soit, d'ailleurs, au sujet de la suppression de l'hypothèque légale et de la renonciation à la communauté, l'opinion particulière de chacun, il semble logique et équitable, si l'on augmente les droits de la femme sur le patrimoine de la communauté, de lui faire, dans la même proportion, supporter le contre-coup d'une administration à laquelle elle aura effectivement participé.

Le cadre de cette étude, où l'examen du régime idéal doit nécessairement tenir peu de place, ne nous permet pas d'entrer dans des développements pour lesquels, d'ailleurs, une science juridique autrement solide que la nôtre serait nécessaire. Il nous a paru pourtant utile d'indiquer ici, à grands traits, dans quel sens il nous semblait possible d'introduire des réformes dans notre système matrimonial (1).

Il y a là des questions dignes de tenter nos grands

---

(1) La Faculté de droit de Paris avait mis en 1897 au concours une « *Étude comparée des régimes matrimoniaux au point de vue de la protection pécuniaire des intérêts de la femme* ». C'est à M. A. Aftalion que fut décerné le prix (Prix Rossi). Au moment de mettre notre étude sous presse nous recevons son ouvrage intitulé : « *La femme mariée, ses droits et ses intérêts pécuniaires* » qui vient de paraître (mai 1899). Nous en reproduisons les conclusions qui, on s'en rendra facilement compte, se rapprochent des nôtres d'une façon tout à fait frappante :

« Ce n'est pas, écrit M. Aftalion, un bouleversement complet du droit matrimonial que l'on doit réclamer. Il convient plutôt de s'appuyer sur les améliorations déjà accomplies dans la réalité pour proposer qu'on les consacre, qu'on les rectifie et qu'on les complète. Les réformes effraieront moins lorsqu'on y verra la reconnaissance d'un état de choses existant déjà, en partie, ou lorsqu'elles paraîtront impérieusement commandées par le changement des idées ou des conditions économiques. Que l'on supprime l'incapacité générale de la femme mariée, institution surannée, contradictoire en elle-même et impuissante à se concilier avec les divers régimes nuptiaux, et qu'on laisse seulement subsister les restrictions à la capacité de l'épouse qui résultent du régime nuptial. Qu'on mette la loi en harmonie avec les formes modernes de la richesse en réduisant la communauté légale aux seuls acquêts. Que dans cette communauté on assure à la femme la dignité qui lui convient en maintenant et en augmentant sa collaboration avec le mari dans la direction des intérêts pécuniaires de la famille. Qu'on vienne au secours de l'ouvrière en lui accordant la disposition exclu-

jurisconsultes : nous ne doutons pas qu'eux ne trouvent la solution des problèmes que nous venons d'effleurer et qui, à tous points de vue, méritent leur attention.

---

sive de ce qu'elle obtient par son travail, et en sanctionnant avec plus de rigueur l'obligation d'entretien du mari à son égard. Que l'on introduise ces innovations non pas simultanément, mais par étapes, comme dans les pays étrangers, en commençant par les plus pressantes. On aura alors notablement amendé la législation matrimoniale sans avoir porté de trop graves atteintes aux principes fondamentaux et traditionnels de notre droit : et la France sera entrée dans le mouvement général de réformes en faveur de la femme mariée que l'on constate chez la plupart des peuples civilisés. »

CONCLUSIONS

« Le féminisme pratique, raisonnable et honnête, — disait, il y a peu d'années, Henry Fouquier, — peut conquérir les meilleurs esprits. Il suffit d'en parler simplement et de bonne foi. »

C'est ce que nous avons tenté de faire.

Arrivé au terme de notre étude, ayant donné notre appréciation sur les diverses lois qui, dans une période de moins de vingt ans, ont sensiblement modifié chez nous les droits de la femme, ayant examiné quelques-unes des réformes les plus urgentes réclamées par les féministes, nous pourrions nous dispenser de conclure.

Nous tenons pourtant à répéter que nous donnons notre pleine et entière approbation à celles des dispositions législatives, votées ou seulement élaborées, qui ont pour but d'accorder, à la femme célibataire ou veuve, des droits civils égaux à ceux qu'exerce l'homme; que nous applaudissons aux tentatives faites pour rendre identique devant la loi civile et devant la loi pénale la sanction de l'infidélité des deux époux; pour donner au conjoint survivant un droit sérieux sur la succession de son époux prédécédé; pour étendre les droits de la mère sur ses enfants, de l'épouse sur les produits de son travail. Nous pensons enfin qu'il y a dans notre législation

de grands progrès à accomplir, tant au point de vue de la recherche de la paternité, qu'au point de vue du perfectionnement de notre régime légal de communauté.

Et nous confondrons en terminant notre pensée à celle du maître regretté (1) qui a écrit :

« Que la loi renferme la femme dans le cercle de la vie privée, j'y consens, mais que du moins dans cette humble sphère, elle la laisse libre et active.

« Si elle va plus loin, si elle la frappe d'incapacité et d'impuissance jusque dans ses relations civiles, alors, loin de protéger la moralité publique, elle lui devient funeste : en apprenant à l'homme à ne voir dans sa compagne qu'un être d'une nature inférieure, incapable ou indigne de s'associer à lui, dans les actes les plus sérieux et les intérêts les plus graves de son existence, la loi flétrit au cœur de l'homme ce sentiment de respect pour la femme, qui est la source pure et féconde où s'alimentent les vertus privées et les mœurs publiques. »

Vu :	Vu :
Nancy, le 8 juin 1899.	Nancy, le 9 juin 1899.
Le Président de la Thèse :	*Le Doyen :*
G. BOURCART.	E. LEDERLIN.

Vu et Permis d'imprimer :
Nancy, le 10 juin 1899.
Le Recteur :
A. GASQUET.

---

(1) Paul. Gide. *Etude sur la condition privée de la femme,* page 522.

BIBLIOGRAPHIE

FRANCE

Acollas. *Manuel de Droit civil*, 2e édit., 4 vol.

Aftalion. *La Femme mariée ; ses droits et ses intérêts pécuniaires*, 1899.

Aubry et Rau. *Cours de Droit civil français.*

Assolant. *Le Droit des femmes.*

Backer (Louis de). *Le Droit de la femme dans l'Antiquité ; son devoir au Moyen-Age*, 1880, in-12.

Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville. *Du Contrat de mariage*, 2 vol., 1897.

Baudry-Lacantinerie et Wahl. *Des Successions*, 1895.

Bois (Jules). *L'Eve nouvelle*, 1896.

Boissonade. *Histoire des Droits de l'époux survivant*, 1872.

Bourcart (G.). *De l'autorité paternelle sur la personne et sur les biens des enfants légitimes ou naturels*, Congrès des Sociétés savantes, Paris 1891.

Cabouat. *Explication théorique et pratique de la loi du 6 février 1893*, 1893.

Cauwès. *La protection économique des intérêts de la femme mariée.*

Chauvin (Jeanne). *Des professions accessibles aux femmes*, 1892.

Cosson. *La Condition des femmes*, 1883.

Daubié (Julie). *La femme pauvre au XIXe siècle*, 1866.

Deraismes (Maria). *Œuvres complètes*, 1896.

Doria d'Istria (Mme). *Des femmes, par une femme*, 1865.

Drioux. *Le Mouvement féministe et le socialisme*, 1896.

Dumas (Alex. fils). *La question de la femme*, 1872.

— *Les femmes qui tuent et les femmes qui votent*, 1880.

Duverger. *De la condition politique et civile des femmes,* 1872.
Franqueville (C^te^ de). *Les droits de la femme en Angleterre,* 1891.
Fuzier-Hermann. *Code civil annoté,* 4 vol., 1885.
Gasparin (C^te^ A. de). *Les réclamations des femmes,* 1872.
Gide (Paul). *Étude sur la condition privée de la femme,* 1885.
Giraud. *Essai sur la condition des femmes,* 1882.
Glasson. *Le Code civil et la question ouvrière,* 1886.
Gouges (Olympe de). *Du sort actuel des femmes,* 1791.
Gourdault. *La femme dans tous les pays,* in-18.
Grasserie (R. de la). *De la recherche et des effets de la parenté naturelle,* 1893.
Guerrier (Paul). *Le respect de la femme dans la société moderne,* 1895.
Guillaume. *Le mariage en droit international.*
Guillouard. *Traité du Contrat de mariage,* 3^e^ éd. 1894-96.
Héricourt (Jenny d'). *La femme affranchie,* 2 vol., 1860.
Huc, *Code civil,* 12 vol., 1892-1899.
Laboulaye (de). *Recherches sur la condition civile et politique des femmes,* 1842.
Lacour (Léopold). *L'Humanisme intégral,* 1896.
Laffitte (J.-P.). *Lettres d'un parlementaire,* 1894.
Lamber (Juliette, M^me^ Adam). *Idées anti-proudhoniennes,* 1858.
Lampérière (M^me^ Anna Yon). *Le rôle social de la femme,* 1898.
Laurent. *Principes de Droit civil français,* 33 vol. et supp.
Legouvé (E.). *Histoire morale des femmes,* 1869.
— *La question des femmes,* 1881.
Lehr. *Eléments de Droit civil anglais.*
Lesenne. *Droits et devoirs de la femme,* 1884.
Lombroso et Ferrari. *La femme criminelle et la prostituée,* 1896.
Lourbet (Jules). *La femme devant la science contemporaine,* 1896.
Martin (D^r^ Georges). *Femmes, Enfants, Humanité,* 1896.
Marya-Chéliga (M^me^). *Almanach féministe pour 1899.*
Michelet. *La Femme,* 1863.
Moysell (Paul). *La femme dans le Droit français,* 1895.
Naville. *La condition sociale des femmes,* 1891.
Pelletan (E.). *La Mère, le Père, l'Enfant,* 1867.
— *La Femme au XIX^e^ siècle.*
Poulle (G.). *La séparation de corps devant le Sénat français.*
Pothier. *Traité de la puissance du mari,* 1773.

Raztetti (Mme). *La Femme d'après la physiologie, la pathologie et la morale,* 1890.
Rebière. *Les femmes dans la science,* 1894.
Sagnol. *L'Egalité des sexes,* 1889.
Sarrand. *La loi du 6 février 1893,* 1893.
Simon (Jules). *L'ouvrière.*
Simon (Jules et Gustave). *La femme au XXe siècle,* 1892.
Tarde (Gabriel). *Les transformations du Droit.*
Thulié (Dr). *La Femme :* Essai de sociologie physiologique, 1885.
Troll-Borystiani (Irma de). *Les droits de la femme,* 1896.
Varigny (C. de). *La femme aux Etats-Unis,* 1893.
Villey. *Le mouvement féministe contemporain,* 1895.
Viollet. *Histoire du Droit civil français.*

BELGIQUE

Franck (Louis). *L'épargne de la femme mariée,* 1892.
— *Le Grand Catéchisme de la femme,* 1894.
— *Les salaires de la famille ouvrière,* 1896.
— *Le Témoignage de la femme,* 1896.

SUISSE

Bridel (Louis). *La Femme et le Droit,* 1886.
— *Le Droit des femmes et le mariage,* 1893.
— *Le Droit de la femme mariée sur le produit de son travail.*
Secrétan (Ch.). *Le Droit de la femme,* 1886.

ALLEMAGNE

Bebel. *Die Frau und der Socialismus (die Frau in der Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft),* 1881.
Bender. *Die Frauenbewegung in Deutschland,* 1892.
Bucher. *Die Frauenfrage im Mittelalter,* 1882.
Buchner. *Versuche zur Lœsung der Frauenfrage,* 1870.
— *Die Frauen und ihr Beruf,* 1872.
Dorm. *Der Frauen Natur und Recht,* 1876.
Engell Gunther. *Lœsung der socialen Frage durch die Frau,* 1872.

KEFFERSTEIN. *Frauenbildung und Frauenberuf,* 1888.
LAMMEN. *Die Frau, ihre Stellung,* 1877.
REICH. *Studien über die Frau,* 1875.
— . *Emancipation der Frauen,* 1884.
RICHTER. *Recht der Frauen über Arbeit.*
SOHM. *Stellung der Frau im deutschen Recht,* 1878.

ANGLETERRE ET ÉTATS-UNIS

STUART MILL. *Subjection of women,* traduction française de M. Cazelles, sous le titre d'*Affranchissement des femmes.*
STANTON. *The woman's question in Europe,* 1884.
WOLLSTONECRAFT. *Vindication of the rights of women,* 1891.

ITALIE

CABBA. *Della condizione giuridica della donna,* 1884.
CICCONE. *Emancipazione della donna,* 1885.
MOSCATELLI. *Condizione della donna nella società primitiva e nel'antico diritto romano,* 1886.
TODARO DELLA GALIA. *Dei diritti de conjuge superstite,* 1892.

THÈSES

BERTET (Remy). *Essai sur la loi du 6 février 1893 portant modification du régime de la séparation de corps,* Grenoble, 1895.
BUIS (Georges). *Du caractère juridique de la puissance paternelle dans le droit de la France,* Lyon, 1896.
CHRESTIEN (Emile). *La capacité civile de la femme séparée de corps avant et depuis la loi du 6 février 1893,* Montpellier, 1897.
DELPECH (Joseph). *Essai historique et juridique sur le droit de succession ab intestat du conjoint survivant,* Toulouse, 1897.
GAILLARD (Bernardin). *La tutelle maternelle,* Montpellier, 1897.
GEGOUT (Marcel). *Des limitations à la puissance paternelle en droit français et en droit comparé,* Nancy, 1897.
GRANDIN (Joseph). *Des effets de la séparation de corps,* Poitiers, 1894.

GUERRIER (Paul). *Etude sur les restrictions et déchéances de la puissance paternelle*, Dijon, 1895.

GUNTZBERGER (A.). *De l'extension des droits de la femme mariée sur les produits de son industrie personnelle*, Paris, 1896.

LEROY (Maxime). *L'esprit de la législation napoléonienne*, Nancy, 1898.

RAMARONY (Ch.). *Etude historique sur les droits de succession ab intestat du conjoint survivant*, Bordeaux, 1895.

TÉTU (Emile). *De la déchéance de la puissance paternelle*, Paris, 1895.

REVUES

I. — REVUES JURIDIQUES.

Les références aux revues juridiques se trouvent indiquées dans le corps de notre Étude.

Annuaire de législation étrangère.
Annuaire de législation française.
Bulletin-commentaire des Lois nouvelles.
Bulletin de la Société de législation comparée.
La France judiciaire.
Journal du notariat.
Revue critique de législation et de jurisprudence.
Revue du notariat et de l'enregistrement.

II. — REVUES ET JOURNAUX FÉMINISTES.

En France :

Le Bonheur du foyer. Directrice : Mme le Docteur Hélina GABORIAU.

Le Féminisme chrétien. Directrice : Mlle Marie MAUGERET.

La Fronde, journal quotidien. Directrice : Mme Marguerite DURAND.

Le Journal des Femmes (autrefois *la Citoyenne*). Directrice : Mme Maria MARTIN.

La Revue des Femmes russes et françaises. Directrice : Mlle O. BEZOBRAZOW.

La Morale sociale, fondée en 1899. Directeur : M. Louis Bridel.

Le Relèvement social, organe de la Ligue pour le relèvement de la moralité publique. Directeur : M. Louis Comte.

A l'Etranger :

Belgique : *La Revendication des Droits féminins* (revue).
— *Le Bulletin de la Ligue belge* (revue).
Suisse : *Bulletin continental* (revue).
Angleterre : *The english Woman's Review* (revue).
Danemark : *Revue mensuelle de l'Union des femmes* (Kvinder Samfundel), Copenhague.
Kvindelcladet (hwad vi vill), Copenhague.
Suède et Norvège : *Nyloende* (revue), Christiania.
Grèce : *Journal des femmes,* Athènes.

III. — Revues diverses.

Le Correspondant :

Mme Dronsart. Le mouvement féministe, septembre et octobre 1896.

La Nouvelle Revue :

E. de Girardin. L'égale de l'homme, 1880.

La Revue des Deux-Mondes :

Baudrillart. L'agitation pour l'émancipation des femmes en Angleterre et aux États-Unis, 1er octobre 1872.
Valbert. L'émancipation des femmes, 1er novembre 1880.
Janet. L'éducation des femmes, 1883.
Bentzon. (Mme Th.). La condition de la femme aux États-Unis, 1894.
Fouillée. La psychologie des sexes et ses fondements physiologiques, 1895.
Haussonville (Cte d'). Entre femmes, 1898.

La Revue encyclopédique :

G. Lejeal. Le mouvement féministe, 1893.
Mme Marya-Cheliga. Les hommes féministes, 1896 ; L'évolution du féminime, 1896.

La Revue politique :

J.-P. Laffitte. Articles divers.

La Revue politique et parlementaire :

Mme M.-G. Fawcett. Le mouvement féministe en Angleterre, 1896.

Mme Emilia Mariani. Le mouvement féministe en Italie, 1897.

Mme Marya-Cheliga. Le mouvement féministe en France, 1897.

Mme Lily Braun-Gizycki. Le mouvement féministe en Allemagne, avril 1899.

BROCHURES

Brochures, bulletins et publications diverses des Sociétés féministes de Paris :

L'Avant-Courrière. (Siège social : 23, rue Gazan). Présidente : Mme Henri Schmahl.

L'Égalité. (Siège social : 7, rue de Paris, à Asnières). Présidente : Mme V. Vincent.

Groupe français d'études féministes. (Siège social : 128, rue de l'Université). Présidente : Mme J. Oddo Deflou.

La Ligue pour le droit des femmes. (Siège social : 7, rue Clément Marot). Présidente : Mme Maria Pognon.

La Société pour l'amélioration du sort de la femme et pour la revendication de ses droits. (Siège social : 71, rue Cardinet). Présidente : Mme Féresse-Deraismes.

La Solidarité. (Siège social : Fontenay-sous-Bois). Fondatrice : Mme Eugénie Potonié-Pierre.

L'Union universelle des femmes. (Siège social : 51, avenue des Ternes). Présidente : Mme Marya-Chéliga.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION V

CHAPITRE PREMIER

Le mouvement féministe.

I. — Qu'est-ce que le féminisme? 1

II. — Le Code civil et le droit des femmes 3

III. — L'action féministe en France 13

IV — Les lois en faveur des femmes à l'étranger 17

Angleterre 17
Italie 20
Portugal 22
Suisse 22
Norvège 22
Allemagne 23

V. — Les résultats du mouvement en France 26

CHAPITRE II

Droit de la femme à la fidélité de son mari.

I. — L'égalité au point de vue civil :

§ 1er. — Le régime du Code civil 29
§ 2. — La jurisprudence 30
§ 3. — Historique de la loi du 27 juillet 1884 31
§ 4. — Réfutation des critiques adressées à la loi 33

II. — L'égalité au point de vue pénal :
§ 1er. — Le régime du Code civil (art. 298 et 308) 40
§ 2. — Critique de ce régime..... 41
III. — La situation actuelle 47

CHAPITRE III

Droits de la femme sur ses enfants.

I. — De la puissance paternelle :
§ 1er. — Son fondement..... 51
§ 2. — Inégalité des droits du père et de la mère :
1° Sur la personne 52
2° Sur les biens de leurs enfants.. 56
II. — La loi du 24 juillet 1889..... 58
III. — Inégalité des droits du père et de la mère en matière de consentement à mariage..... 62
IV. — La loi du 20 juin 1896 (art. 3)..... 66

CHAPITRE IV

Droits de succession du conjoint survivant.

I. — Fondement et historique du droit de succession *ab intestat* du conjoint survivant..... 69
II. — L'article 767 ancien du Code civil : sa portée, les raisons qui l'avaient fait édicter, sa critique..... 74
III. — La réaction contre le Code civil 78
§ 1er. — Droit des veuves aux pensions militaires et civiles..... 81
§ 2. — Droit sur la propriété littéraire et artistique 83
§ 3. — Droit sur les biens des déportés..... 85
IV. — Historique et texte de la loi du 9 mars 1891 87

V. — Son étude :

§ 1er. — Droit de succession *ab intestat* :

1° A quelles conditions le conjoint succède-t-il ?..... 92

2° Quotité du droit du conjoint survivant. 93

3° Calcul du droit..... 95

4° Restrictions que la loi y apporte 97

5° Conversion du droit d'usufruit en rente viagère..... 100

6° Nature du droit du conjoint 103

§ 2. — Droit de créance alimentaire..... 105

VI. — Ce qu'on peut penser de la loi du 9 mars 1891.... 109

CHAPITRE V

Droits de la femme séparée de corps.

I. — Situation de la femme séparée de corps sous le régime du Code civil..... 115

II. — Historique de la loi du 6 février 1893..... 121

§ 1er. — Première proposition de loi présentée au Sénat..... 122

§ 2. — Projet du Conseil d'État 124

§ 3. — Seconde discussion au Sénat..... 127

§ 4. — Projet voté par la Chambre des députés. 130

§ 5. — Le projet au Sénat..... 131

Texte de la loi du 6 février 1893..... 131

III. — Droits de la femme séparée de corps depuis la loi du 6 février 1893 :

§ 1er. — Droits relatifs à la personne..... 134

1° Domicile..... 136

2° Droit d'exercer certaines professions..... 137

3° Droit de faire le commerce 138

4° Droit de libre correspondance..... 138

5° Droit de changer de nationalité ... 139

§ 2. — Droits relatifs aux biens :

1° Droits d'obligation 141

2° Droits de disposition ou d'aliénation 142
3° Droit d'ester en justice 143
§ 3. — Effets de la cessation de la séparation de corps..... 144
IV. — La véritable portée de la loi du 6 février 1893.... 148

CHAPITRE VI

Droits de la femme sur les produits de son travail.

I. — Les droits du mari sur les biens de la communauté et la classe ouvrière..... 157
II. — La loi du 9 avril 1881 sur les Caisses d'épargne postales (art. 6) :
§ 1er. — Son historique..... 162
§ 2. — Sa raison d'être et sa portée..... 166
III. — La loi du 20 juillet 1895 sur les Caisses d'épargne (art. 16) :
§ 1er. — Son historique..... 173
§ 2. — Sa raison d'être et sa portée..... 175
IV. — Les propositions de loi de M. Goirand et de MM. Louis Jourdan et consorts 178
§ 1er. — Les droits de la femme sur les produits de son travail à l'étranger..... 179
§ 2. — Examen comparatif des propositions de loi Goirand et L. Jourdan..... 181
§ 3. — Le projetde la Commission adopté par la Chambre des députés..... 184
V. — La loi du 20 juillet 1886 sur la Caisse de retraites pour la vieillesse (art. 13)..... 189

CHAPITRE VII

Droit pour la femme d'être témoin.

Généralités..... 197
I. — Historique du droit de témoignage des femmes... 198

II. — Le Code civil et la loi du 25 ventôse an XI ; Étude critique..... 202

III. — Historique de la loi du 7 décembre 1897..... 211
Texte de la loi..... 216

IV. — Examen des modifications que la loi du 7 décembre 1897 apporte :

§ 1er. — Aux actes de l'état civil..... 218

§ 2. — Aux actes notariés :

1° En ce qui concerne les témoins instrumentaires..... 222

2° En ce qui concerne les témoins testamentaires..... 228

3° En ce qui concerne les témoins certificateurs..... 232

§ 3. — Aux actes instrumentaires autres que ceux reçus par un officier de l'état civil ou un notaire..... 234

V. — Portée sociale de la loi du 7 décembre 1897..... 235

CHAPITRE VIII

De quelques revendications féministes.

I. — Admission des femmes à la tutelle :

§ 1er. — Historique de la question..... 237

§ 2. — Critique générale du système du Code civil..... 238

§ 3. — Différences entre la tutelle du père et la tutelle de la mère :

1° Conseil de tutelle..... 241

2° Curateur au ventre..... 243

3° Renonciation à la tutelle..... 244

4° Convol..... 245

§ 4. — Prédominance de la ligne paternelle sur la ligne maternelle (art. 402 et 403 du Code civil)..... 247

§ 5. — Proposition de loi de M. Ernest Lefèvre. 249

II. — La recherche de la paternité :

§ 1er. — Historique de la question en Droit français 251
§ 2. — L'article 340 du Code civil..... 253
§ 3. — Les difficultés à vaincre 254
§ 4. — Situation faite à la mère et à l'enfant par le Code civil..... 255
§ 5. — La recherche de la paternité en Droit comparé :
1° Peuples de civilisation latine... 259
2° Peuples de civilisation germanique..... 261
3° L'Angleterre et la Suisse..... 262
§ 6. — Proposition de loi de M. Bérenger.... 264
§ 7. — Proposition de loi de M. Rivet 265
§ 8. — La jurisprudence..... 268

III. — Le régime de la communauté légale :

§ 1er. — Critiques adressées à notre régime légal 270
§ 2. — La séparation de biens régime légal... 274
§ 3. — Esquisse des réformes qui pourraient être introduites dans notre système matrimonial..... 276

Conclusions..... 283
Bibliographie 285
Table des matières..... 293

NANCY. — IMPRIMERIE NANCÉIENNE, 15, RUE DE LA PÉPINIÈRE.

ERRATUM

Page 197, deuxième alinéa, *lire* : « Mais, en dehors des liens matrimoniaux, existaient et existent encore dans l'œuvre du législateur de 1803 des inégalités..... »